

La responsabilité des médias en ligne

Pierre TRUDEL

Avocat, professeur

Titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de
l'information et du commerce électronique

Faculté de droit, Université de Montréal

pierre.trudel@umontreal.ca

Avril 2010

Table des matières

Introduction	3
1- Les principaux types de médias en ligne	3
1.1 Les sites de publication dans lesquels il existe un contrôle éditorial.....	5
1.2 Les sites mixtes de publication et de contenus générés par des utilisateurs	5
1.2.1 Les blogues	6
1.2.2 Les sites de partage de contenus	6
1.2.3 Les sites d'évaluation des personnes, des biens et des services.....	7
1.2.4 Les sites d'hébergement et les moteurs de recherche	8
2- La responsabilité civile de ceux qui <u>décident</u> de mettre l'information en ligne.....	9
2.1 La fonction éditoriale et la modération	10
2.2 L'anonymat	11
3- La responsabilité des intermédiaires.....	12
3.1 L'exclusion de l'obligation de surveillance active	13
3.2 Les exonérations de responsabilité des intermédiaires.....	14
3.2.1 L'hébergeur et le moteur de recherche	14
3.2.2 Les faits donnant ouverture à la responsabilité des hébergeurs et de ceux offrant des services de références à des documents technologiques	15
3.2.3 L'obligation de cesser promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans une activité illicite	18
Conclusion.....	18

Introduction

Au Québec, les principes du *Code civil* auxquels s'ajoutent les tempéraments édictés par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹ adoptée en 2001 organisent le régime de la responsabilité pour les informations fautive diffusées sur Internet. C'est dans ce cadre que s'inscrivent les règles de conduite à observer lors de la diffusion de contenus sur Internet.

Les contributions peuvent être sous forme de textes écrits, de fichiers sonores, d'images ou de documents vidéo ou encore une combinaison de ces supports. Les contributions peuvent être anonymes ou identifiées. Sur le plan de la responsabilité, la publication de contributions anonymes peut comporter des risques plus considérables.

Les principaux contextes de diffusion sur Internet possèdent des caractéristiques variables. De ces différentes caractéristiques, peuvent résulter des différences significatives dans l'intensité de la responsabilité incombant aux entités qui exploitent des sites. C'est dans ce cadre que s'inscrit la question de l'anonymat des contributions publiées en ligne.

Dans ce rapport, il est fait état des principaux types de sites Internet utilisés par les médias. On fait ressortir leurs caractéristiques au plan des risques et responsabilités. Sont ensuite présentées les règles présidant à la détermination de la responsabilité de ceux qui exercent la maîtrise des documents mis en ligne. C'est dans le cadre de ce schéma que se pose la question des enjeux et risques inhérents à l'anonymat de ceux qui mettent des contenus en ligne. Dans la troisième partie, nous expliquons les règles qui déterminent la responsabilité des entités qui, à l'égard d'un document, ne décident pas de la mise en ligne d'un document, ne tenant à cet égard qu'un rôle d'intermédiaire.

1- Les principaux types de médias en ligne

Les conditions technologiques qui prévalent dans les environnements en réseau contribuent à modifier les conditions de la collecte et de la diffusion des informations. Si, au début du 20^e siècle, les journaux étaient principalement, voire exclusivement constitués de textes, les médias de 2010 font appel au son, à

¹ L.R.Q., c. C-1.1. Voir Nicolas W. VERMEYS, « La diffamation sur Internet : à qui la faute? », (2007) Repères EYB2007REP649; Nicolas W. VERMEYS, « La responsabilité du Web 2.0 », (2007) Repères EYB2007REP607; Pierre TRUDEL, « La responsabilité des prestataires intermédiaires d'Internet : l'approche de la législation du Québec », [2008] *Media Lex* 160; Pierre TRUDEL, « La responsabilité des acteurs du commerce électronique », dans Vincent GAUTRAIS, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 607-649; Michel RACICOT, Mark S. HAYES, Alec R. SZIBBO et Pierre TRUDEL, *The Cyberspace is not a "No Law Land", A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet*, Ottawa, Industry Canada, February 1997, 306 pages; Alain STROWEL et Nicolas IDE, *Responsabilité des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles*, disponible à < <http://www.droit-technologie.org/dossier/details.asp?id=26> > (site visité le 20 mai 2008); Lionel THOUMYRE, « Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques », *Lex Electronica*, vol. 6, n° 1, printemps 2000, < <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm> > (site visité le 20 mai 2008); Pierre TRUDEL, « Responsibilities in the Context of the Global Information Infrastructure », [1997] 29 *International Information & Library Review*, 479-482; Pierre TRUDEL, « Les responsabilités dans le cyberspace », dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace, collection Droit du cyberspace*, Paris, Éditions UNESCO - Économica, 2000, 235-269; Pierre TRUDEL, « La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'Internet*, n° 160, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pp. 107-141.

l'image fixe ou animée. Désormais, de plus en plus de membres du public s'informent dans des environnements multimédias comme Internet. De plus, les environnements en réseau permettent la diffusion d'informations provenant aussi bien des entités qui ont la maîtrise éditoriale d'un site que de tiers.

L'auteur Peter Dahlgren remarquait que « Certainly journalistic institutions, specifically news organisations within the various mass media, have all seen cyberspace as a crucial dimension for their future »². Dans une revue de la littérature scientifique internationale sur le sujet, Bardoel et Deuze identifient quatre caractéristiques du journalisme tel qu'il évolue depuis l'avènement des environnements d'Internet. Ils écrivent à cet égard que :

*The developments on the Internet in terms of news and journalism lead to a classification of its key characteristics: interactivity; customisation of content hypertextuality; and multimediality*³.

De ces caractéristiques et évolutions, Bardoel et Deuze constatent que :

*However, this journalism of the future will not be just the same 'good old journalism' that we know at present. We have seen that new media technologies and trends in civil society force us to rethink journalism as a traditional top-down profession - a profession that used to control the 'megaphone', to put it in the words of Katherine Fulton in a Columbia Journalism Review special of 1996. The journalist of tomorrow is a professional who serves as a node in a complex environment between technology and society, between news and analysis, between annotation and selection, between orientation and investigation. This complex, changing environment cannot be kept outside of journalism anymore – the journalist does not work in 'splendid isolation' anymore – particularly because of the sheer abundance of information and the fact that the publics are perfectly capable to access news and information for themselves, as well as the fact that institutional players (profit, governmental, non-profit, activist) are increasingly geared towards addressing their constituencies directly instead of using the newsmedia as a go-between*⁴.

L'univers dans lequel se transmettent et se consomment désormais les informations est caractérisé par un accroissement de l'interactivité : le contenu est adapté aux besoins ou exigences de chaque individu. Une autre caractéristique de ces nouvelles formes de circulation de l'information est l'hypertextualité qui permet de rattacher les informations à un vaste ensemble de données et documents qui enrichissent la capacité du lecteur de mettre des informations en relation, de les vérifier et de les comparer. Cet univers fonctionne en mode multimédia. L'écrit se combine avec l'image fixe ou animée de même qu'avec le son.

Internet facilite la contribution de tiers aux contenus proposés en ligne. Dans l'Internet du « Web 2.0 », il existe des sites dont le contenu est entièrement validé par l'entreprise ou l'individu qui a la maîtrise du site. Mais il existe aussi des environnements ou des sites dans lesquels le contenu est en totalité ou en partie généré par des tiers. Ces tiers, utilisateurs, internautes « amateurs » ou « professionnels »

² Peter DAHLGREN, « Media Logic in Cyberspace : Repositioning Journalism and its Publics », *The Public*, vol. 3 (1996), 3

³ Jo BARDOEL et Mark DEUZE, « Network Journalism : Converging Competences of Old and New Media Professionals », (2001) *Australian Journalism Review* 23 (2), pp. 91-103.

⁴ *Idem.*

introduisent des documents sur un site. Enfin, il existe des sites qui ne font qu'héberger des contenus qui sont sous la seule maîtrise des usagers.

Lorsque l'usage d'Internet a commencé à se répandre, les tribunaux de certains pays ont rendu des décisions contradictoires au sujet des devoirs incombant aux intermédiaires⁵ c'est-à-dire ceux qui, comme tels ne décident pas de la mise en ligne d'un contenu déterminé. Il est en effet tentant de postuler que les intermédiaires qui choisissent de s'adonner à des tâches contribuant à l'acheminement de messages en tirent avantage. Il est du coup plausible qu'ils en supportent les risques. En revanche, on a reconnu que la responsabilité des intermédiaires soulève des enjeux importants au plan de la liberté d'expression et de la protection des droits des personnes.

Si la responsabilité des intermédiaires peut trop facilement être mise en cause, ceux-ci pourraient être tentés, afin de se protéger, de refuser *a priori* tous les messages présentant des risques. Par contre, s'ils échappent à toute responsabilité, ils n'auraient pas d'incitatifs à prendre les moyens raisonnables afin de faire cesser les activités illicites se déroulant dans leurs systèmes d'information. Le défi est de trouver un équilibre afin d'assurer la protection des droits des personnes et ceux des intermédiaires. Il faut toutefois éviter de créer une situation dans laquelle les intermédiaires seraient portés à des gestes de censure qui auraient pour conséquences de limiter la circulation de l'information ou nuire à ceux qui veulent utiliser Internet pour transmettre des informations.

1.1 Les sites de publication dans lesquels il existe un contrôle éditorial

La plupart des médias ont mis en ligne des sites reprenant en tout ou en partie leur édition papier. Par exemple, les journaux de Gesca reprennent leurs contenus sur le site cyberpresse.ca⁶ tandis que le journal *Le Devoir*, propose en ligne la plupart des contenus de son édition papier, mais moyennant certaines conditions⁷. Les médias audiovisuels reprennent la totalité ou certains éléments de leur programmation. Ainsi, plusieurs des documents émanant des médias de Quebecor sont repris et parfois enrichis sur Canoe.ca⁸. Dans certains cas, l'édition en ligne remplace même l'édition papier. Ainsi, le Christian Science Monitor a mis fin à la publication sur support-papier de ses éditions quotidiennes pour ne conserver qu'une édition hebdomadaire. Il diffuse depuis avril 2009, ses éditions quotidiennes en ligne⁹. Sur le plan de la responsabilité, la diffusion sur Internet d'une publication s'analyse comme toute autre diffusion au public. Lorsqu'un site est « édité », la personne qui exerce l'autorité éditoriale – l'éditeur – répond de tous et chacun des éléments qui constituent la publication.

1.2 Les sites mixtes de publication et de contenus générés par des utilisateurs

Plusieurs sites de médias fonctionnant selon les paradigmes du « Web 2.0 » proposent différents contenus émanant de tiers. Or, comme nous le verrons tout au long de ce rapport, il existe une importante différence au regard de la responsabilité entre les contenus émanant de l'entité qui exerce le contrôle éditorial d'un site et les contenus émanant de tiers. À l'égard de la responsabilité des sites

⁵ Thibault VERBIEST et Étienne WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, 648 p. n° 393 et ss.

⁶ Voir <http://www.cyberpresse.ca/>, (site visité le 17 avril 2010).

⁷ Voir <http://www.ledevoir.com/>, (site visité le 17 avril 2010).

⁸ Voir <http://fr.canoe.ca/>, (site visité le 17 avril 2010).

⁹ Voir <<http://www.csmonitor.com/>>, (site visité le 17 avril 2010).

mixtes publiant des contenus décidés par le maître du site ainsi que des contenus émanant de tiers, il faut tenir compte des régimes différents selon l'entité qui décide effectivement de la diffusion des documents.

1.2.1 Les blogues

Un blogue est un site web constitué d'un ensemble de messages classés par défaut, la plupart du temps par ordre antéchronologique (les plus récents en premier). Les blogues se distinguent d'autres environnements de publication sur le Web par des auteurs primaires. Chaque billet (appelé aussi note ou article) est, à l'image d'un journal de bord ou d'un journal intime, un ajout au blogue; le blogueur (celui qui tient le blogue) y délivre un contenu souvent textuel enrichi d'hyperliens et d'éléments multimédias, sur lequel chaque lecteur peut généralement apporter des commentaires ou opinions personnelles (auteurs secondaires). Un blogue est parfois désigné comme un « carnet Web » ou « cybercarnet ». Le tout ressemble à ce qu'on pourrait décrire comme étant un journal de bord¹⁰. La personne qui tient un blogue, soit le blogueur, publie périodiquement des articles ou billets sur des sujets divers. Ces billets vont ensuite se retrouver sur le site Internet du blogueur, en partant du plus récent jusqu'au plus ancien¹¹. En général, un blogue sera mis à jour régulièrement par une seule personne qui en aura le contrôle, mais il est possible également que plusieurs auteurs y participent¹². Les lecteurs et visiteurs du blogue ont généralement la possibilité de publier un commentaire à la fin de chaque billet, de façon anonyme ou non. Il est loisible au blogueur de modérer ou non les opinions publiées.

La nature du blogue en fait un environnement à la fois de publication et d'hébergement. Certains messages émanent du maître du blogue qui en est l'auteur ou qui a pris, lorsqu'il exerce une modération, la décision de les diffuser sur le site. D'autres messages peuvent émaner de tiers qui ont répondu à un billet ou qui ont inséré une nouvelle rubrique. Lionel Thoumyre explique que « l'internaute responsable d'un blogue sera, *a priori*, considéré comme un éditeur de service de communication en ligne s'agissant des contenus qu'il publie lui-même volontairement et comme un organisateur de forums pour les fils de discussion figurant à la suite des articles »¹³.

En somme, le maître du blogue répond lui-même des contenus qu'il édite, qu'il écrit lui-même. Il assume dans ces situations une responsabilité analogue à celle de tout éditeur. Mais en revanche, à l'égard des messages émanant de tiers, le maître du blogue pourra être assimilé à un hébergeur. Il n'aura de responsabilité que dans la mesure où il acquiert connaissance du caractère illicite du message.

1.2.2 Les sites de partage de contenus

Les sites de partage de contenus sont des sites Web où les visiteurs ont la possibilité de mettre en ligne des fichiers, que ce soit des vidéos, des chansons ou encore des livres, pour n'en nommer que quelques-

¹⁰ « Blogue », Office québécois de la langue française, dans *Le grand dictionnaire terminologique*, < <http://www.granddictionnaire.com> > (site consulté le 14 avril 2010).

¹¹ Bernard BRUN, « Le blogue : un équilibre délicat entre communication et responsabilité », dans *Leg@I.TI, droit et technologies de l'information : devenir aujourd'hui l'avocat de demain*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007, à la page 73, p. 75.

¹² « Blogue », Office québécois de la langue française, dans *Le grand dictionnaire terminologique*, <http://www.granddictionnaire.com>, (site consulté le 14 avril 2010).

¹³ Lionel THOUMYRE, « La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet », *Lamy, droit des médias et de la communication*, juin 2007, étude 464.

uns. En général, ces sites utiliseront la lecture en transit pour diffuser le contenu. Les sites les plus connus de partage de contenu sont sans aucun doute *YouTube*¹⁴ et *Dailymotion*¹⁵. Les visiteurs du site peuvent y publier des films, des vidéoclips, des émissions, etc. Ils peuvent aussi visionner le contenu que d'autres visiteurs ont publié. Les sites de réseaux sociaux sont également utilisés pour partager du contenu puisque certains hébergeurs d'espaces personnels offrent la possibilité aux membres de mettre en ligne, par exemple, leur musique préférée. Les sites de partage de contenu vont en général offrir la possibilité aux visiteurs de laisser des commentaires à la suite de la vidéo ou de la chanson. Il peut être aussi possible d'évaluer le document en lui accordant une note, généralement sur cinq (exemple : quatre étoiles sur cinq). Ce système de notation permet de faire une recherche sur le site en fonction du contenu le mieux coté.

Les sites de partage de contenus sont assimilables à l'hébergeur pour ce qui a trait aux documents déposés par les tiers. Par contre, ces sites proposent une structure rédactionnelle qui a parfois porté certains à postuler qu'ils influent effectivement sur le contenu, notamment en procurant aux usagers des moyens ou des occasions de poser des gestes qu'ils auraient dû savoir potentiellement délictueux.

1.2.3 Les sites d'évaluation des personnes, des biens et des services

Un site d'évaluation de produits et de services offre généralement au public la possibilité d'évaluer et de commenter un service reçu ou encore un bien acheté. Des sites vont également proposer d'octroyer une note aux attributs physiques d'une personne ou encore à une panoplie de biens détenus par des gens, comme des voitures ou des animaux. La soumission d'une évaluation est facile, il suffit généralement de cliquer sur un lien, parfois nommé « *Rate this* », et ensuite de remplir le formulaire. Les modes d'évaluation des biens ou services soumis peuvent être différents d'un site à l'autre. Certains sites vont proposer de noter sur une échelle de 1 à 10, d'autres vont permettre d'attribuer cinq étoiles ou moins au bien en question. Il peut également y avoir la possibilité de laisser un commentaire avec l'évaluation soumise. Les évaluations soumises sur ces sites ne peuvent pas, dans la plupart des cas, être retirées par l'auteur lui-même. Pour qu'elles soient supprimées, il faut communiquer avec les administrateurs du site et justifier notre demande. De plus, certains sites vont permettre d'évaluer seulement une fois un produit ou une personne, d'autres vont permettre de l'évaluer un nombre de fois indéfini.

Dans la mesure où des renseignements personnels sont traités sans l'autorisation des intéressés, les sites d'évaluation des personnes peuvent avoir à répondre de possibles dérogations à la législation sur la protection des données personnelles. Ainsi, par une ordonnance rendue le 3 mars 2008, le Tribunal de grande instance de Paris a ordonné au site *note2be.com* de suspendre l'utilisation et le traitement des données nominatives des professeurs notés par les élèves ainsi que leur affichage sur le site, y compris sur le forum de discussion. En vertu de l'article 7 de la loi Informatique et libertés, le traitement des données nominatives est conditionnel au consentement de la personne concernée, sauf si le responsable du site poursuit un intérêt légitime qui n'est pas contraire aux droits et intérêts de la personne visée. La disposition comporte des ressemblances avec l'article 37 du *Code civil du Québec* selon lequel :

Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les

¹⁴ < <http://www.youtube.com/> > (site visité le 14 avril 2010).

¹⁵ < <http://www.dailymotion.com/> > (site visité le 14 avril 2010).

communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.

Dans la décision française, le tribunal s'est attaché à déterminer s'il y avait en l'espèce un intérêt légitime au traitement de données personnelles par ce site. Le tribunal a examiné le site et s'est interrogé sur la méthode d'évaluation des professeurs établie en fonction d'une seule note chiffrée et de six qualificatifs. Selon le tribunal, cette approche partielle peut conduire à une appréciation biaisée, favorable ou défavorable, et peut donc provoquer un trouble. Le tribunal estime aussi que le site n'a pas pris des précautions suffisantes pour empêcher les risques de dérive polémique, notamment en organisant la modération de son forum de discussion. Le site n'avait pas non plus prévu la mise en place de procédures efficaces pour que les enseignants concernés puissent faire valoir leurs droits. Enfin, l'aspect commercial du site a pesé dans l'appréciation du tribunal. Selon lui, les personnes y figurant ont le droit de ne pas voir leurs noms associés aux messages publicitaires qui sont insérés sur les pages.

1.2.4 Les sites d'hébergement et les moteurs de recherche

Les sites d'hébergement procurent des espaces virtuels dans lesquels les usagers d'Internet qui le désirent ont le loisir de déposer des informations sous la forme de documents technologiques. Par exemple, le site Flickr (<http://www.flickr.com/>) permet aux internautes de déposer leurs photos dans des répertoires et de partager celles-ci avec d'autres.

Les moteurs de recherche agglomèrent des informations sur les personnes ou sur les innombrables sujets à propos desquels on peut formuler une requête de recherche exprimée habituellement sous forme de mots-clés. Ils permettent de localiser l'information en délivrant à l'utilisateur des documents ou des liens à des documents qui sont le plus pertinents possible eu égard à sa requête. Les informations repérées dans des espaces virtuels qui sont en principe publics. Par leur efficacité, les moteurs de recherche contribuent à réduire les phénomènes « d'obscurité pratique » qui rendent souvent difficiles l'accès et la compilation d'un ensemble de documents portant sur une personne ou sur un sujet déterminé. Du coup, ils emportent nécessairement la constitution de dossiers sur des personnes ou sur des sujets définis au fil des requêtes des usagers. Il n'en faut pas plus pour amener certains à les considérer comme étant des entités qui effectuent des traitements d'informations portant sur des personnes.

Dans cet esprit, l'article 24 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁶ impose un mécanisme de censure des documents publics comportant des données personnelles rendues publiques pour des fins particulières. Il se lit comme suit :

L'utilisation de fonctions de recherche extensive dans un document technologique qui contient des données personnelles et qui, pour une finalité particulière est rendu public, doit être restreinte à cette finalité. Pour ce faire, la personne responsable de l'accès à ce document doit voir à ce que soient mis en place les moyens technologiques appropriés.

Cette disposition vise des informations qui ont un caractère public; elle ne concerne pas les renseignements à caractère privé. Elle permet de restreindre l'utilisation des fonctions de recherche extensive à l'égard des documents technologiques comportant des données personnelles et rendues

¹⁶ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1.

publiques pour une finalité particulière. On veut ainsi éviter, par exemple, les consultations de banques de données à l'aide de moteurs de recherche afin de repérer des données personnelles pour des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été recueillies ou diffusées.

On peut supposer que ce genre de mesure se justifie du fait que dans l'univers des documents sur papier, la recherche est souvent longue puisque les documents publics doivent être examinés un à un. Pour les documents technologiques, les possibilités de recherche sont démultipliées, ce qui peut laisser craindre des abus. Devant cette possibilité hypothétique d'abus, la solution retenue par le législateur est d'imposer la mise en place de moyens technologiques pour assurer la protection des données personnelles contenues dans ces documents publics. Et cette protection est de limiter l'accès uniquement aux fins pour lesquelles un document est rendu public comme si ces fins étaient connues et spécifiées. Les décideurs ont à spécifier les finalités du caractère public d'une information. Il est difficile de concevoir comment une telle démarche est possible sans porter un jugement *a priori* sur la légitimité de certaines recherches; sans parler de la difficulté de déterminer, en l'absence de texte législatif, ce qui constitue la finalité du caractère public d'une information. Pourtant, lorsqu'une information est à caractère public, elle est de libre parcours, sauf à démontrer qu'on en fait un usage fautif ou contraire à une loi. On ne peut présumer, sans nier le caractère public d'une information, qu'une information ne doit servir qu'à certaines fins et pas à d'autres. La seule limite légitime à l'usage d'une information à caractère public est le caractère abusif de l'usage : postuler *a priori* que des usages seraient abusifs laisse fort peu de place au droit à l'information.

Ce genre d'approche limite la circulation de l'information à caractère public : il n'y a que des informations qui peuvent circuler pour des fins prédéterminées par les autorités publiques ou privées et ce, au gré de procès d'intention sur de possibles usages malveillants. Les valeurs au nom desquelles certaines informations ont un caractère public semblent ignorées.

2- La responsabilité civile de ceux qui décident de mettre l'information en ligne

D'entrée de jeu, il importe de poser que c'est la personne qui décide de mettre une information en ligne qui en assume la responsabilité. Ainsi, dans un site où le contrôle éditorial est assuré par une entreprise de presse, celle-ci décide de la mise en ligne de l'information.

Au Québec, la responsabilité civile est fondée sur la faute. La notion de faute est définie par un procédé ayant vocation à s'appliquer dans toutes les situations. Le Code civil énonce donc un « standard » de conduite. Ce qui constitue un geste fautif est un comportement que n'aurait pas eu une personne raisonnable placée en des circonstances semblables¹⁷. Le principe énoncé à l'article 1457 est d'application générale : il s'applique aux internautes quels qu'ils soient dès lors que le geste a été posé dans le cadre d'une activité à laquelle s'applique la loi du Québec.

¹⁷ L'article 1457 du *Code civil* renvoie à la « personne prudente et diligente ». Il se lit comme suit : 1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

S'agissant de propos tenus sur Internet, la juge Claudine Roy dans *Vaillancourt c. Lagacé*¹⁸ explique qu'il est nécessaire, pour conclure qu'ils ont une responsabilité, de démontrer que le maître du site à le « contrôle » sur les propos fautifs qui sont tenus dans le site internet. La détermination du caractère fautif des propos suit le schéma de l'article 1457 du Code civil. Mais sur Internet, toute la question est celle de savoir qui doit être considéré comme exerçant le contrôle à l'égard de l'information se trouvant sur un site.

La personne qui choisit de mettre en ligne une information ou se comporte de manière à exercer un contrôle sur la diffusion de celle-ci assume la responsabilité découlant de son caractère illicite ou délictueux. Mettre des informations en ligne, c'est assumer une fonction éditoriale. L'éditeur publie les informations. Publier signifie communiquer de l'information à des tiers en sachant que cette information sera lue, vue ou entendue. La publication s'effectuant de manière volontaire suppose une connaissance de la teneur de l'information transmise¹⁹. Dans le contexte d'Internet, la publication peut résulter de la transmission de fichiers, de discussions dans le cadre de conférences électroniques, de l'envoi d'un courriel à un nombre indéterminé de personnes ou encore par la décision de mettre à disposition d'information dans des fichiers de documents pouvant être transférés via le réseau.

S'il est aisé de convenir que l'auteur des propos fautifs en est responsable, la question de la responsabilité de ceux qui sans être eux-mêmes l'auteur des propos contribuent à leur diffusion se pose avec acuité. Sur Internet, comme on l'a vu, les situations sont nombreuses où le contenu est mis en ligne à la suite d'une décision qui n'est pas celle du maître du site, mais résulte plutôt de la décision d'un usager.

2.1 La fonction éditoriale et la modération

L'exercice du contrôle à l'égard de la diffusion d'une information s'assimile à l'exercice de la fonction éditoriale. Celle-ci implique le pouvoir de choisir ce qui sera diffusé, de décider de le diffuser et de décider à qui ou auprès de qui l'information sera diffusée. Ainsi, un fournisseur d'accès internet qui examinerait tous les messages avant de les retransmettre et se réserverait le droit de n'acheminer que les messages qu'il juge conformes à ses politiques se comporterait comme un éditeur. Dans de pareilles situations, il est une constante : la décision de publier appartient à l'éditeur. Il s'agit pour lui d'une faculté : il n'a pas d'obligation de publier. Dans le monde de la presse et de l'édition, il est usuel de tenir que le directeur de publication est en mesure de contrôler les informations qui circulent du fait de son entreprise. De ce pouvoir de contrôle découle la responsabilité pour la transmission d'informations dommageables²⁰.

La modération comporte des risques. Celui qui modère s'expose à être qualifié d'éditeur. Alors, la responsabilité pour le matériel diffusé sur le site qu'il contrôle peut lui être imputée.

¹⁸ 2005, Can LII 29333 (QC C.S.).

¹⁹ Pierre TRUDEL, « Responsibilities in the Context of the Global Information Infrastructure », [1997] 29 *International Information & Library Review*, 479-482. Loftus E. BECKER Jr., « The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others », (1989) 22 *Connecticut Law Review* 203-239, 217.

²⁰ Pierre TRUDEL, « Liability in Cyberspace », in Theresa FUENTES-CAMACHO, *The International Dimensions of Cyberspace Law*, Aldershot Ashgate Publishing, UNESCO, 2000, p. 189-211. David R. JOHNSON et Kevin A. MARKS, « Mapping Electronic Data Communications onto Existing Legal Metaphors : Should We Let Our Conscience (and Our Contracts) be Our Guide? », (1993) 38 *Vill. L. Rev.* 487, 492.

La modération peut se faire *a priori*, c'est-à-dire avant que le message soit publié sur Internet, ou encore *a posteriori*, qui signifie que le message sera immédiatement publié, avec la possibilité de le retirer si le contenu est jugé illicite. Lorsque la modération est *a posteriori*, des dommages peuvent être causés avant que le modérateur ait eu le temps de retirer le message.

S'il n'y a pas de modération, il est possible que le maître du site soit considéré responsable des commentaires émanant de tiers lorsqu'il est démontré qu'il a lui-même pris la décision de diffuser en ligne le document illicite.

2.2 L'anonymat

L'anonymat des personnes introduisant des informations sur un site ou qui commentent les faits et gestes des autres est un facteur qui accentue les risques. Dans un environnement modéré, cela peut signifier que le maître du site assume la responsabilité des propos. C'est pourquoi les sites de blogues vont souvent appliquer une politique d'interdiction des commentaires anonymes. On peut ainsi, par exemple, restreindre la possibilité de commenter les billets aux seuls membres du site Internet. Dans ce cas de figure, les personnes qui souhaitent devenir membres auront nécessairement à s'identifier.

Pour le maître d'un site dans lequel s'exerce un contrôle éditorial, accepter des contributions anonymes comporte un niveau de risque accru. L'éditeur étant responsable de tout ce qui se diffuse sur le site, il répond forcément des propos affichés par un contributeur anonyme.

Pour la personne qui s'exprime, l'anonymat est *a priori* un moyen de réduire les risques qui peuvent être associés à l'activité expressive. C'est ce qui explique l'attachement de plusieurs internautes au droit de s'exprimer de façon anonyme. Dans les environnements peu favorables à la liberté d'expression, il peut en effet coûter cher de s'exprimer. L'anonymat est alors perçu comme un moyen de réduire les risques découlant de l'expression.

Dans les situations de diffusion sur Internet, l'anonymat implique un transfert de risques de celui qui s'exprime vers le maître du site. Dans les sites sous contrôle éditorial, le maître de site qui prend sur lui de publier un document anonyme se trouve à en assumer la responsabilité. Par conséquent, un site faisant l'objet d'un contrôle éditorial prend plus de risques en publiant des contributions anonymes. Si l'identité de l'auteur véritable d'un document n'est pas connue, l'entité qui a pris la décision de le diffuser pourra être appelée à répondre du document anonyme.

Dans l'hypothèse d'un site à contenu partiellement ou entièrement généré par l'utilisateur, lorsque le contenu émane d'un utilisateur anonyme, l'hébergeur pourra être responsable du document anonyme dès lors qu'il aura acquis connaissance de son caractère illicite.

La légitimité de l'expression à titre anonyme s'analyse dans cette logique. Selon l'évaluation que l'on fait des dangers pouvant découler d'une activité expressive spécifique, l'on tendra à trouver l'anonymat justifié ou non. L'évaluation des dangers et de la légitimité de l'activité expressive est largement tributaire de la conception éthique à laquelle adhèrent les uns et les autres. Dans une société pluraliste et démocratique, il existe une seule règle de droit. Mais il coexiste plusieurs conceptions de l'éthique. Chacune des visions éthiques postule une teneur abstraite à un droit ou à une liberté tandis que la règle de droit limite forcément les libertés de façon contextualisée.

Dans les situations où il est démontré qu'un droit a été vraisemblablement transgressé, les tribunaux vont fréquemment ordonner la levée de l'anonymat afin de rendre possible les recours appropriés contre l'auteur anonyme.

Du point de vue de l'auditeur ou du lecteur, l'intérêt d'un message anonyme tient à la perception que l'on peut avoir à l'égard de la légitimité de l'anonymat dans le contexte spécifique de la diffusion. C'est ce qui peut expliquer que l'on portera assez peu d'intérêt aux propos de ceux qui choisissent de s'exprimer à titre anonyme alors que rien n'indique la présence de conséquences adverses pouvant découler du fait de s'exprimer en s'identifiant.

3- La responsabilité des intermédiaires

Sur Internet, les intermédiaires sont des personnes, entreprises ou organismes qui interviennent dans l'accomplissement d'une tâche effectuée entre le point d'expédition d'une transmission de document et le point de réception final. Le trait commun à tous ces intervenants, c'est qu'ils n'exercent pas de droit de regard sur l'information qui transite dans leurs environnements technologiques. Ainsi, les intermédiaires peuvent être des services de conservation de documents technologiques²¹, des hébergeurs, des services de référence à des documents technologiques, des moteurs de recherche, des fournisseurs de services sur un réseau de communication. Il peut également s'agir d'entreprises offrant des services de conservation ou de transmission de documents technologiques, de services de transmission de documents technologiques ou de services de conservation sur un réseau de communication de documents technologiques fournis par un client.

Dans plusieurs pays, des règles ont été mises en place afin d'identifier plus précisément les circonstances dans lesquelles la responsabilité des intermédiaires peut être mise en cause. Parmi les textes les plus influents en ces matières, il y a la *Directive européenne sur le commerce électronique*²². Ce texte harmonise certains aspects du régime de responsabilité des prestataires de services en ligne pour trois types d'activités : le simple transport, le « caching » (antémémorisation) et « l'hébergement » des informations appartenant à des tiers (ces prestataires agissant alors en qualité « d'intermédiaires »). Elle prévoit, en particulier, une exemption de responsabilité pour l'activité de simple transport (article 12) et une limitation de responsabilité pour l'activité d'hébergeur (article 14). En outre, la directive interdit aux États membres d'imposer une obligation générale de surveillance sur les prestataires intermédiaires (article 15§1); ces dispositions concernent la responsabilité civile et pénale.

²¹ Selon l'article 3 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, les documents technologiques sont des documents dont le support fait appel aux technologies de l'information.

²² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment le commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »). JO L 178 du 17.7.2000, p. 1. Proposition initiale de la Commission : JO C 30 du 5.2.1999, p. 4. Avis du CES : JO C 169 du 16.6.1999, p. 36 ; Avis du Parlement européen le 6 mai 1999 (première lecture) : JO C 279 du 1.10.1999, p. 389 ; position commune du Conseil du 28 février 2000 : JO C 128 du 8.5.2000, p. 32 ; décision du Parlement européen du 4 mai 2000 (deuxième lecture) non encore parue au Journal officiel. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), Journal officiel, n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:HTML>> (site visité 14 avril 2010).

Les articles 22, 26, 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* s'inscrivent dans le courant tracé par la *Directive européenne sur le commerce électronique*. Ils instaurent un régime conditionnel d'exonération de responsabilité en faveur de certains intermédiaires d'Internet. Par conséquent, les prestataires de services impliqués dans la communication de documents sont, moyennant le respect de certaines conditions, exonérés de responsabilité pour les documents²³ détenus, indexés ou transmis. Ces dispositions complètent et précisent l'application des principes de la responsabilité civile découlant de la mise en circulation d'informations. Elles visent à éviter que la responsabilité des intermédiaires soit mise en cause dans des situations où il appert qu'ils ne jouent qu'un rôle passif dans l'acheminement des documents technologiques.

Les limitations de responsabilité prévues dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ne sont pas fondées sur des types d'opérateurs ou d'intermédiaires. Elles visent plutôt le type d'activité exercée; par exemple la transmission, l'indexation ou l'hébergement. Par conséquent, lorsqu'on examine la responsabilité des intermédiaires, il ne faut pas s'attacher à la désignation que se donnent les entités, mais examiner ce qu'ils font ou ce qu'ils auraient dû faire à l'égard d'un document ou d'une information illicite. La loi formule les règles à l'égard de tout prestataire de services qui se trouve effectivement dans la situation décrite, qui pose ou ne pose pas les gestes visés par la loi.

Le régime de limitation de la responsabilité de ces intermédiaires s'inscrit dans le contexte général de la responsabilité civile; la responsabilité découle de la faute. Mais la loi vient expressément exclure certaines obligations à la charge des intermédiaires afin de délimiter le champ de ce qui peut constituer un comportement fautif de leur part.

3.1 L'exclusion de l'obligation de surveillance active

À l'instar de la directive européenne²⁴, l'article 27 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* exclut l'obligation de surveillance active pour les intermédiaires²⁵. Ce n'est donc pas une

²³ La loi vise tous les documents. Elle comporte une définition générique de cette notion. C'est ainsi qu'un document au sens de la loi est un objet constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. Voir, l'article 3 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

²⁴ L'article 15 de la Directive sur le commerce électronique se lit comme suit :
Absence d'obligation générale en matière de surveillance
1. Les États 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.
2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

²⁵ L'article 27 se lit comme suit :
27. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication ou qui y conserve ou y transporte des documents technologiques n'est pas tenu d'en surveiller l'information, ni de rechercher des circonstances indiquant que les documents permettent la réalisation d'activités à caractère illicite. Toutefois, il ne doit prendre aucun moyen pour empêcher la personne responsable de l'accès aux documents d'exercer ses fonctions, notamment en ce qui a trait à la confidentialité, ou pour empêcher les autorités responsables d'exercer

faute de leur part de ne pas avoir exercé une surveillance active. Ces prestataires ne sont pas tenus de surveiller l'information ni de rechercher des circonstances qui pourraient indiquer que des documents permettent la réalisation d'activités illicites. Mais ces intermédiaires ne doivent prendre aucun moyen pour empêcher la personne responsable de l'accès aux documents d'exercer ses fonctions, conformément à la loi, notamment en ce qui a trait à la confidentialité. Ils ne doivent pas non plus prendre de moyens pour empêcher les autorités responsables d'exercer leurs fonctions, conformément à la loi, relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions. Ce sont les lois encadrant le travail de ces autorités chargées de la sécurité publique et de la prévention du crime qui limitent les gestes que ces derniers peuvent poser.

3.2 Les exonérations de responsabilité des intermédiaires

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* institue un régime conditionnel d'exonération de responsabilité pour certains intermédiaires²⁶. L'article 22 traite de la responsabilité de ceux qui proposent des services d'hébergement et le troisième alinéa délimite la responsabilité du prestataire offrant des outils de recherche.

3.2.1 L'hébergeur et le moteur de recherche

L'article 22 *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* énonce les principes qui trouvent application dans les situations où le prestataire n'exerce pas de contrôle à l'égard des informations illicites²⁷.

L'article 22 vise les prestataires qui « agissent » à titre d'intermédiaires. Le régime qui module leur responsabilité qui est énoncé à l'article 22 trouve application lorsqu'ils « agissent » à titre d'intermédiaire. Selon les situations, un même acteur peut agir à différents titres : par exemple, un maître de blogue peut publier des documents dont il est l'auteur et laisser diffuser sur son blogue des documents en provenance d'autrui. Ce qui caractérise l'intermédiaire selon l'article 22 est le fait qu'il n'accomplit pas lui-même les activités qui se réalisent au moyen des services qu'il fournit. Sa non-

leurs fonctions, conformément à la loi, relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions.

²⁶ André LUCAS, « La responsabilité civile des acteurs de l'Internet », (2001) 1 *Auteurs et média*, 42-52; Emmanuel JEZ et Frédéric-Jérôme PANSIER, « Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000 », (JO du 2 août 2000), *Gaz Pal.*, 9 septembre 2000, p. 9; Michel VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », *JCP (G)* 99 I p. 2021.

²⁷ L'article 22 se lit comme suit :

22. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remis par ce dernier ou à la demande de celui-ci.

Cependant, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité.

De même, le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche, n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. Toutefois, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité.

responsabilité concerne les activités accomplies par l'utilisateur du service et cela au moyen de documents remisés par ce dernier ou à la demande de celui-ci.

Les deux premiers alinéas de l'article 22 visent l'intermédiaire offrant des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication. L'hébergeur est l'entité qui a pour vocation de mettre à la disposition des internautes des sites web conçus et gérés par des tiers. C'est assurément l'archétype de la catégorie « services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication ». L'hébergeur procure en effet des fonctionnalités assurant la disponibilité des services inhérents à un site internet. Concrètement, il héberge les fichiers et autres répertoires d'information et de documents dans des serveurs sur lesquels il exerce un contrôle. S'il est indéniable que l'hébergeur est en mesure d'accéder et de prendre connaissance de la teneur des documents hébergés sur ses installations techniques, il est également vrai qu'il se trouve dans une situation qui l'empêche pratiquement de prendre connaissance du contenu des documents et d'apprécier leur sens. La fonction éditoriale lui échappe : il ne connaît pas la teneur des documents hébergés.

La limitation de responsabilité profitant à l'hébergeur connaît toutefois des limites. Elle ne joue pas s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité. La circonstance qui déclenche la possibilité d'engager la responsabilité de l'hébergeur est la connaissance de fait ou la connaissance de circonstances rendant apparente la réalisation d'une activité à caractère illicite. La connaissance du caractère délictueux d'un document joue un rôle analogue à l'égard du prestataire agissant à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche.

3.2.2 Les faits donnant ouverture à la responsabilité des hébergeurs et de ceux offrant des services de référence à des documents technologiques

Le principe posé à l'article 22 est que l'hébergeur n'est pas responsable des activités accomplies par la personne utilisant le service au moyen des documents hébergés par l'utilisateur ou à la demande de celui-ci. Cette exonération tient jusqu'à ce qu'il ait de fait connaissance du caractère illicite et qu'il ne prend pas promptement les moyens pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité. Cette disposition pose la règle de la non-responsabilité de ces prestataires de services, mais cette limitation de responsabilité cesse d'avoir effet si certains faits sont établis.

Lorsqu'ils acquièrent connaissance du caractère illicite de l'activité associée aux documents qu'ils conservent ou auxquels ils donnent accès, les hébergeurs et ceux qui offrent des services de moteurs de recherche ont l'obligation d'agir. Le facteur qui déclenche leur responsabilité est la connaissance qu'ils ont ou qu'ils acquièrent de la nature délictueuse de l'information. Ce n'est toutefois pas la seule situation où la responsabilité de ces intermédiaires peut être engagée. L'article 22 ne constitue pas une liste exhaustive des situations dans lesquelles un intermédiaire qui y est visé peut engager sa responsabilité. L'article 22, 2^e alinéa, énonce en effet que le prestataire « peut engager sa responsabilité, notamment » s'il a de fait connaissance. La même formule est reprise au troisième alinéa lorsqu'il est question des prestataires offrant des outils de recherche.

La connaissance de fait

La responsabilité des intermédiaires visés à l'article 22 peut être engagée s'il est établi qu'ils avaient connaissance de fait du caractère illicite des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen de

documents technologiques. La connaissance peut concerner les circonstances rendant apparente une activité illicite. Une telle connaissance peut découler d'indices venant à la connaissance du prestataire et donnant à conclure à l'existence d'une activité illicite.

En raison de la règle énoncée à l'article 26, excluant l'obligation de surveillance active, on ne peut déduire une faute de leur part en raison d'une omission de surveiller. Par conséquent, on conçoit mal que ces intermédiaires soient considérés comme ayant connaissance de la teneur des documents qui passent entre leurs mains. Ils n'acquièrent connaissance que lorsqu'on leur notifie l'existence d'une activité à caractère illicite ou encore qu'on leur fait part de circonstances rendant apparente une activité illicite.

La connaissance pourra être imputée dans plusieurs circonstances. Premièrement, elle est présumée dès lors que l'information émane de la personne elle-même ou que cette dernière a effectivement pris la décision de diffuser. Ainsi, lorsque l'hébergeur conserve des documents qui émanent de lui, il sera réputé avoir connaissance de la teneur de ces derniers.

Deuxièmement, une personne peut avoir connaissance de fait si elle exerce une surveillance, constante ou occasionnelle, d'un site ou d'un environnement. Il n'y a pas d'obligation de surveiller afin d'acquérir connaissance aussitôt que se pointeront des documents illicites. Mais si une telle surveillance est effectuée et qu'elle permet d'acquérir la connaissance du caractère illicite de documents, alors la responsabilité de l'hébergeur pourra être engagée s'il n'agit pas.

Troisièmement, la connaissance peut-être acquise à la suite d'une notification de la part d'un tiers. C'est la situation dans laquelle une personne porte à l'attention du prestataire de services de conservation le fait que des documents illicites sont conservés par lui.

Enfin, lorsque le caractère illicite du document visé est matière à controverse, l'obligation du prestataire d'agir ne commencera qu'à compter du moment où le caractère illicite aura été établi.

Au surplus, le prestataire de pareils services est souvent dépourvu d'un motif légitime pour intervenir afin de supprimer de l'information potentiellement dommageable. Hormis les cas absolument clairs d'illicéité, au nom de quoi et en vertu de quelle autorité doit-il juger du caractère fautif ou non de telle ou telle information? En vertu de quelle autorité devrait-il s'ériger en juge chargé de déterminer si un contenu est ou non fautif et dommageable?

Le degré de connaissance requis pour engendrer la responsabilité

Les points de vue peuvent diverger quant au degré de connaissance nécessaire pour entraîner la responsabilité du prestataire de services. Strowel et Ide font observer que « toute la question est de savoir comment définir ce seuil de connaissance à partir duquel la responsabilité joue pleinement »²⁸. Compte tenu des impératifs de la liberté d'expression, le seuil de connaissance à partir duquel la responsabilité de l'intermédiaire est engagée doit être plus que la seule plainte ou allégation. Pour qu'une personne soit justifiée d'intervenir à l'égard d'un contenu, elle doit avoir acquis la connaissance confirmée, par un tiers indépendant du caractère effectivement illicite du document. La connaissance à

²⁸ Alain STROWEL et Nicolas IDE, « Responsabilités des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles », dans *Droit Nouvelles technologies*, < <http://www.droit-technologie.org/dossier-26/responsabilite-des-intermediaires-actualites-legislatives-et-jurispru.html> > (site visité le 14 avril 2010).

partir de laquelle est engendrée la responsabilité n'est pas celle qui résulte de la seule réception d'une plainte, mais vise plutôt le moment où le caractère illicite devient manifeste. C'est ce qui permet de dire que lorsque le caractère illicite est, à sa face même, manifeste, la connaissance en est acquise dès le moment où l'on apprend son existence.

Dans les cas clairs, s'il en est, la question trouve une réponse aisée : si le caractère illicite saute aux yeux, l'intermédiaire pourra devoir agir dès la réception d'une plainte. Mais que faire dans les situations où le caractère illicite n'est pas évident? Par exemple, un hébergeur reçoit une notification à l'effet que tel site qu'il héberge comporte des documents qui portent atteinte au droit à l'image d'une personne. Or, on sait qu'il y a plusieurs situations où la diffusion de l'image d'une personne est tout à fait licite. S'il obtempère et retire le document, il s'érige en juge, mais en juge n'ayant pas agi moyennant l'élémentaire obligation d'entendre les prétentions de toutes les parties en cause. S'il ne fait rien, l'intermédiaire s'expose à voir sa responsabilité engagée et à devoir en répondre lors d'une poursuite de la part de la victime. S'il agit et supprime l'information, il s'expose à se faire reprocher par le maître de l'information hébergée ou référencée, de n'avoir pas pris les précautions élémentaires pour s'assurer du caractère sérieux de la notification. Ce dilemme a amené les législateurs américain et français à interposer un processus visant à départager les allégations sérieuses des lubies.

Le législateur québécois n'ayant rien précisé sur ce qu'il convient de faire à cet égard, faut-il en conclure qu'il n'y aurait pas d'obligation quant aux précautions à prendre consécutivement à la réception d'un avis à l'effet qu'un contenu hébergé ou référencé est illicite? Une réponse négative doit être apportée à cette question. La responsabilité de l'hébergeur et du moteur de recherche pourra être engagée si celui-ci obtempère à une notification sans prendre des précautions minimales. La personne qui verrait des documents retirés d'un site ou qui verrait ses documents bannis d'un système d'indexation pourrait assurément subir des dommages du fait d'une allégation non fondée à l'effet qu'un document est illicite. Se posera alors la question de déterminer si l'intermédiaire a agi avec la prudence et pris les précautions qu'une personne raisonnable aurait dû prendre en de telles circonstances. Si la notification se révèle futile ou mal fondée, on aurait supprimé un contenu, violé la liberté d'expression et fait prévaloir les désirs, voire les lubies d'un plaignant au préjudice d'une application prudente d'une mesure qui constitue de la censure, donc qui a par essence un caractère exceptionnel.

L'attitude appropriée pour l'intermédiaire est d'obtenir une confirmation d'un tiers, tel un expert neutre et d'agir sur la foi d'une telle évaluation. Car il apparaît évident que la connaissance de fait ne commence qu'à compter du moment où la plainte à l'égard d'un document est suffisamment documentée pour écarter les doutes raisonnables quant à son sérieux. Cette approche est compatible avec une conception respectueuse de la liberté d'expression et du droit du public à l'information. On voit mal en vertu de quel principe il faudrait prendre pour avéré en tout temps les prétentions d'une personne qui se plaint d'une information sans égard pour le principe de la liberté d'information. La censure aurait alors lieu sans un examen sérieux des prétentions à l'effet qu'un document est illicite. Il serait étonnant que le législateur québécois ait opté pour une pratique se conciliant si mal avec les principes d'une société démocratique.

Par conséquent, tant que l'intermédiaire n'a pas obtenu une confirmation indépendante du caractère illicite d'un document, il n'a pas d'obligation d'agir de manière à censurer l'information. S'il le fait, il s'expose à commettre une faute à l'égard de celui qui a publié le document. Ainsi, l'intermédiaire n'a connaissance du caractère illicite de l'information ou du document qu'une fois qu'il a été en mesure d'établir le sérieux d'une plainte ou d'une notification. C'est uniquement à compter de ce moment qu'il a l'obligation d'agir promptement.

Raisonnement autrement reviendrait à conférer à toute personne se croyant lésée par un document un pouvoir de censure préalable, sans intervention d'un tiers en mesure de faire le départage des prétentions. On est en droit de supprimer une information qu'une fois établi le caractère sérieux de la plainte. Il serait absurde que le législateur ait formulé une règle de droit permettant à n'importe qui d'obtenir, par simple plainte, le retrait d'une information qui lui déplaît ou qu'il juge nuisible. Ce qui est visé par la disposition de la Loi est l'information illicite. Pour qu'une plainte soit sérieuse, elle doit démontrer des motifs sérieux donnant à conclure au caractère illicite du document visé et non résulter d'une demande arbitraire, vengeresse ou futile. Pour conclure au sérieux de la plainte, l'intermédiaire qui entretient des doutes à cet égard doit obtenir une confirmation indépendante.

3.2.3 L'obligation de cesser promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans une activité illicite

Cette obligation de cesser promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans une activité illicite s'impose au prestataire lorsqu'est établie la connaissance du caractère illicite. Lorsqu'ils agissent de manière à poser les gestes mentionnés une fois qu'ils ont acquis connaissance du caractère illicite des documents ou des activités, les prestataires visés à l'article 22 n'ont pas de responsabilité.

Dès qu'il acquiert la connaissance du fait que des personnes sont engagées dans une activité illicite, le prestataire de services de moteur de recherche a l'obligation de cesser promptement de fournir ses services. Pour sa part, l'hébergeur doit rendre l'accès aux documents impossible ou empêcher la poursuite de l'activité illicite. La façon dont doit être accomplie cette obligation d'agir promptement s'apprécie à la lumière des circonstances dans lesquelles agit le prestataire de service.

Le prestataire doit intervenir d'une manière prompte, en peu de temps. L'obligation d'agir naît avec la connaissance; elle commence dès lors qu'est établi, de façon sérieuse et indépendante, le caractère illicite. C'est à compter du moment où il acquiert connaissance que l'on évaluera si le prestataire a agi rapidement. Le caractère suffisamment prompt de l'action s'apprécie en fonction des circonstances, des moyens nécessaires et des efforts consentis afin de passer à l'action.

L'action du prestataire doit être menée pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de l'activité. Il doit prendre les moyens possibles, compte tenu des ressources dont il dispose et des circonstances dans lesquelles il agit. Il n'a pas de responsabilité si les gestes nécessaires afin de corriger la situation sont posés promptement.

Conclusion

La question de l'anonymat de même que les exigences applicables aux contributions émanant de tiers qui contribuent à rendre disponibles des informations sur des sites sur Internet est régie au Québec par les principes de responsabilité énoncés depuis 2001 dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

La diffusion en ligne comporte forcément des risques pouvant se présenter de façon différente que dans l'univers plus établi de la publication sur papier. Dans l'univers de la diffusion sur support-papier, la personne qui exerce la fonction de décision – la fonction éditoriale, l'éditeur – répond de ce qui est diffusé. Le même schéma prévaut sur Internet en autant que la diffusion procède d'une décision ou d'un contrôle éditorial analogue à celui qui prévaut dans les publications sur support-papier.

Mais à l'égard des sites qui n'exercent pas de contrôle éditorial, comme c'est le cas dans plusieurs blogues ou dans la vaste majorité des sites d'évaluation des personnes ou des services (*trip advisor, ratemydoctor, dontdatehimgirl.com* etc.), la loi québécoise les traite comme des entités qui hébergent des documents d'autrui ou des outils de référence à des documents technologiques. Ces sites n'ont pas d'obligation de surveillance *a priori* en vertu de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. La responsabilité de ces sites est conditionnelle à ce qu'ils aient connaissance du caractère illicite des documents qu'ils hébergent ou rendent autrement accessibles.

Dans les environnements d'Internet, l'anonymat revendiqué par une personne qui contribue à un site emporte des risques différents selon la qualification accordée au site. Si le maître du site choisit de publier des contributions anonymes, il doit s'attendre à supporter la responsabilité de celles-ci. Mais lorsque la mise en ligne d'un document résulte de la décision d'un tiers, les dispositions de la précisent que le maître du site ne peut être responsable que lorsqu'il a connaissance du caractère fautif ou illicite du document mis en ligne.