

Centre de recherche en droit public

Faculté de droit

Université de Montréal

**La responsabilité sur internet en
droit civil québécois***

Pierre TRUDEL

Professeur

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

Centre de recherche en droit public

Faculté de droit - Université de Montréal

Courriel : pierre.trudel@umontreal.ca

* Rapport préparé pour le colloque de droit civil 2008 de l'institut national de la magistrature, Ottawa, 13 juin 2008. L'auteur remercie Cynthia Gaudette, étudiante au DDN à la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour son aide dans la recherche ayant permis l'élaboration de ce texte.

Table des matières

I- La responsabilité civile de ceux qui décident de mettre l'information en ligne	2
II- La responsabilité des intermédiaires	4
A. L'exclusion de l'obligation de surveillance active.....	7
B. Les exonérations de responsabilité des intermédiaires	9
1) L'hébergeur, l'intermédiaire agissant pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau	9
2) L'intermédiaire offrant des services de références à des documents technologiques	11
a) Les outils de recherche	12
b) Les blogues	13
c) Les sites de partage de contenus	14
d) Les sites de réseautage social.....	15
e) Les sites d'évaluation des personnes, des biens et des services	16
f) Les wikis.....	18
3) Les faits donnant ouverture à la responsabilité des hébergeurs et de ceux offrant des services de références à des documents technologiqués	19
a) La connaissance de fait.....	20
b) La connaissance de circonstances rendant apparente une activité illicite.....	21
c) Le degré de connaissance requis pour engendrer la responsabilité	21
d) L'obligation de cesser promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans une activité illicite	25
4) Le transmetteur.....	25
a) Le prestataire qui est à l'origine de la transmission du document	26
b) Le prestataire qui sélectionne ou modifie l'information du document	27
c) Le prestataire qui sélectionne la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès.....	27
d) Le prestataire qui conserve le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission	27
5) L'intermédiaire qui conserve les documents à la seule fin d'assurer l'efficacité de la transmission.....	27
Conclusion.....	30

Les principes du *Code civil* auxquels s'ajoutent des tempéraments édictés par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹ organisent le régime de la responsabilité pour les informations fautives diffusées sur Internet.

Dès lors que se développent les activités dans le cyberspace – ce lieu virtuel qui paraît exister du fait des interconnexions entre des ordinateurs et autres objets communicants – il faut nécessairement envisager des gestes fautifs engendrant des dommages. C'est ainsi que sur Internet, on s'est plaint d'atteintes à la réputation, à la vie privée, au droit à l'image de même qu'au droit de s'opposer à la diffusion de renseignements personnels sans autorisation.

Dans le cyberspace comme ailleurs, la personne ayant personnellement posé le geste fautif dommageable est évidemment la première à en assumer la responsabilité. Cependant, dans les environnements électroniques, ces acteurs ne sont pas toujours identifiables ou peuvent se trouver hors d'atteinte. D'où l'intérêt de déterminer la responsabilité des autres intervenants dans la chaîne de transmission de l'information.

Dans beaucoup de situations où la circulation d'information engendre des dommages, les critères pour juger de la responsabilité se fondent sur les rôles assumés par les différents participants à la chaîne de valorisation et de circulation de l'information. L'imputation des responsabilités repose largement sur une comparaison ou la prise en compte des similitudes et différences entre les régimes développés pour les situations présentant des analogies avec la communication dans des réseaux électroniques ouverts comme le transport par chemin de fer ou la diffusion d'imprimés². C'est ainsi que l'on se demande qui jouait le rôle d'un éditeur, d'un simple transporteur, d'un radiodiffuseur, d'un journal, etc. Car les devoirs et les responsabilités attachés à ces rôles respectifs sont bien établis dans le droit de la responsabilité.

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 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.

² Voir Pierre TRUDEL et Robert GÉRIN-LAJOIE, « La protection des droits et des valeurs dans la gestion des réseaux ouverts », dans CRDP, *Les autoroutes électroniques : usages, droit et promesses*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 279, aux pages 306-307.

Il existe un lien étroit entre le contrôle exercé sur l'information présumément dommageable et la responsabilité qui en découle. Dans *Vaillancourt c. Lagacé*³, la Juge Claudine Roy conclut que les requérants en injonction n'ont pas établi une apparence de droit au sujet de propos tenus dans un blogue puisque :

Aucune preuve n'indique qu'un ou plusieurs des défendeurs ont le contrôle sur les propos qui y sont tenus, ni qu'ils ont la capacité technique de supprimer certains commentaires. Cette décision confirme l'importance que prend le facteur du contrôle de l'information dans la détermination de la responsabilité qui peut en découler. Ainsi, plus grande est la discrétion de décider ce qui sera publié (ou transmis), plus grande est la responsabilité découlant d'une telle décision.

Au Québec, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁴ adoptée en juin 2001 et entrée en vigueur en novembre de la même année⁵ prévoit des règles balisant la responsabilité des prestataires de services agissant, à divers titres, en tant qu'intermédiaire dans l'hébergement, l'archivage, la recherche, ou la transmission de documents. Ces règles sont énoncées à l'article 22, 26, 36 et 37. Ces dispositions précisent les règles permettant de déterminer la responsabilité des intermédiaires techniques. Elles complètent les principes généraux de la responsabilité civile énoncés à l'article 1457 du *Code civil*.

Après quelques rappels sur les principes généraux régissant la responsabilité de ceux qui décident de mettre des informations en ligne, il sera fait état du régime mis en place au Québec à l'égard de la responsabilité des intermédiaires en vertu de l'article 26 puis des articles 22, 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

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

Au Québec, la responsabilité civile est fondée sur la faute. Celle-ci est définie par un procédé qui évite de déterminer a priori ce qui constitue un geste fautif. 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.

³ 2005, Can LII 29333 (QC C.S.)
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qccs/doc/2005/2005canlii29333/2005canlii29333.html>> (site visité le 20 mai 2008).

⁴ L.Q. 2001, c. 32, en ligne avec annotations à <http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/cadre_juridique_intro.html> (site visité le 20 mai 2008); Pierre TRUDEL, « Notions nouvelles pour encadrer l'information à l'ère du numérique : l'approche de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* », [2004] 106 R. du N., 287-339.

⁵ Décret n° 1229-2001 du 17 octobre 2001 (2001, G.O.2, 7271).

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.

Le principe énoncé à l'article 1457 est d'application générale : il vise le comportement du neurologue aussi bien que du laveur de fenêtres. Il s'applique aux internautes quels qu'ils soient dès lors que le geste a été posé au Québec. Concept central du droit de la responsabilité, la faute découle du défaut de se conformer aux devoirs généraux et spécifiques de conduite. Lorsqu'aucune norme particulière de comportement n'a été prévue, il y a faute lorsque, volontairement ou par imprudence, on transgresse le devoir général de ne pas nuire à autrui.

Bien qu'il n'aient pas encore eu l'occasion de se pencher sur des situations de diffamation ou d'autres atteintes aux droits survenus sur Internet, il paraît certain que les tribunaux québécois appelés à évaluer la conduite d'un internaute vont se référer au modèle abstrait de la personne raisonnable, celle qui est prudente et diligente. C'est en considérant l'écart entre la conduite qu'a eue la personne visée par un recours en responsabilité et celle qu'aurait eu le modèle abstrait qu'est analysé le comportement afin de déterminer s'il y a eu faute.

S'agissant de propos tenus sur Internet, la juge Claudine Roy dans *Vaillancourt c. Lagacé*⁶ explique qu'il est nécessaire de démontrer que les défendeurs ont 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 tenu pour exercer le contrôle à l'égard d'un site. 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-même l'auteur des propos contribuent à leur diffusion se pose avec acuité.

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 transmise⁷. 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 mise à disposition d'information dans des fichiers de documents pouvant être transférés via le réseau.

Toutes ces activités supposent la transmission de « documents technologiques », c'est-à-dire, comme l'indiquent les articles 1 et 3 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, des documents réalisés en ayant recours à l'une ou l'autre des technologies de l'information « qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant

⁶ 2005, Can LII 29333 (QC C.S.).

⁷ Pierre TRUDEL, «Responsibilities in the Context of the Global Information Infrastructure», [1997] 29 *International Information & Library Review*, 479-482.

Loftus E. BÉCKER Jr., « The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others », (1989) 22 *Connecticut Law Review* 203-239, 217.

appel à une combinaison de technologies ». La notion de « document » est définie ainsi à l'article 3 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* :

Un document est 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.

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 entreprise⁸. De ce pouvoir de contrôle découle la responsabilité pour la transmission d'informations dommageables.

II- La responsabilité des intermédiaires

Dans les environnements électroniques, les acteurs effectivement à l'origine de l'information délictueuse ne sont pas toujours identifiables ou peuvent se trouver hors d'atteinte : une victime, peut se trouver dans une situation où seul un intermédiaire paraît être en mesure de répondre de la diffusion de matériel fautif qui lui cause préjudice. Les intermédiaires sont souvent plus faciles à identifier et peuvent se révéler plus solvables que la personne qui serait à l'origine de la diffusion du document délictueux. D'où l'intérêt de déterminer où commence et où s'arrête la responsabilité des intervenants intermédiaires dans la chaîne de transmission de l'information sur Internet.

Dans le contexte d'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 technologiques⁹, 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

⁸ 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.

⁹ 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.

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.

Le statut des intermédiaires varie à l'infini. Sur Internet, une entité peut accomplir une ou plusieurs des fonctions nécessaires à la communication ou à la transmission d'informations. Les désignations que se donnent les acteurs telles que « fournisseur d'accès à Internet », fournisseur de connectivité, simple transporteur ne recouvrent pas toujours les mêmes activités. Il faut donc, pour chaque situation, examiner soigneusement ce que fait l'intermédiaire visé afin de le qualifier adéquatement au plan de la responsabilité qu'il assume.

Les contrats liant certains intermédiaires avec des partenaires peuvent organiser, entre co-contractants, la responsabilité incombant à chacun d'entre eux. C'est ainsi que des contrats d'hébergement comportent des dispositions prévoyant que l'hébergé s'oblige à indemniser l'hébergeur des pertes qu'il subirait du fait du contenu hébergé¹⁰. Hormis de telles situations, on voit mal comment il pourrait être licite pour un intermédiaire de s'exonérer de responsabilité à l'égard de tiers qui ne sont pas parties à un tel contrat. Ces derniers pourront toujours mettre en cause un intermédiaire ayant pris part à la diffusion d'une information dommageable. Si l'intermédiaire a conclu un contrat avec un autre intervenant par lequel ce dernier s'engage à prendre fait et cause pour lui, il lui incombera de se retourner contre celui-ci. En somme, à l'égard des tiers, l'intermédiaire, pas plus que tout autre personne ne peut se décharger de son obligation de répondre des gestes qui lui sont imputables.

Dans le droit commun de la responsabilité civile de plusieurs pays, la possibilité de mettre en cause les intermédiaires techniques lorsqu'un document délictueux a été transmis est source d'incertitude. 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 à ces intermédiaires¹¹. 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.

¹⁰ Antoine LEDUC, « Le contrat de création et le contrat d'hébergement d'un site web : éléments de négociation, de rédaction et d'interprétation », dans FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'Internet*, n° 160, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 143 spécialement p. 200.

¹¹ 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.

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*¹². 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.

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 techniques. Par conséquent, les prestataires de services impliqués dans la communication de documents sont, moyennant le respect de certaines conditions, exonérés de responsabilité pour les documents¹³ 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

¹² 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 le 20 mai 2008).

¹³ 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*.

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 mentionnés dans la loi. Ces prestataires sont :

- le prestataire offrant des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication. L'archétype de ce prestataire est l'hébergeur ;
- le prestataire offrant des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche. Dans cette catégorie s'inscrivent certains blogues et autres sites à contenu généré par les usagers ou les tiers ;
- le prestataire fournissant les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques. Nous désignerons cet intermédiaire par le mot transmetteur ;
- l'intermédiaire qui conserve les documents à la seule fin d'assurer l'efficacité de la transmission. On vise dans cette catégorie le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour conserver sur un réseau de communication les documents technologiques que lui fournit son client et qui ne les conserve qu'à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure aux personnes qui ont droit d'accès à l'information.

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.

A. L'exclusion de l'obligation de surveillance active

Les règles relatives à la responsabilité sur Internet demeurent dans l'orbite du droit commun. Les principes du droit de la responsabilité civile trouvent application, mais le législateur y ajoute certaines conditions pour que soit engagée la responsabilité du prestataire visé¹⁴. La responsabilité civile des intermédiaires, comme de tout autre personne, lorsqu'elle est engagée, découle nécessairement d'une faute de leur part. La responsabilité de l'intermédiaire sera engagée lorsqu'il aura été démontré un comportement que n'aurait pas eu une personne prudente et diligente placée en pareilles circonstances¹⁵.

À l'instar de la directive européenne¹⁶, l'article 27 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* exclut l'obligation de surveillance active pour les intermédiaires. L'article 27 se lit comme suit :

¹⁴ Cyril ROJINSKY, « Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe », <<http://www.droit-technologie.org/dossier-21/>> (site visité le 20 mai 2008).

¹⁵ Jean-Louis-BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 154 ; Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHFLEF et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 1296 p., c. 5.

¹⁶ 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.

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 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.

L'article 27 précise les obligations incombant au prestataire de services agissant à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication, ou y conserve ou y transporte des documents technologiques. Plusieurs intermédiaires sont visés par cette disposition. Il y a l'hébergeur, l'archivageur et le transporteur, mais aussi tout autre intermédiaire fournissant des services sur un réseau de communication ou qui conserve ou transporte des documents technologiques.

Les articles 22, 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* énoncent le droit commun pour les entreprises faisant affaire dans la province. Ils indiquent ce qui constitue, pour les intermédiaires visés, un comportement sans faute. Mais même s'ils posent des gestes les privant de l'immunité prévue, les intermédiaires ne sont pas automatiquement responsables. La loi prend bien soin de prévoir que leur responsabilité « peut » être engagée s'ils n'ont pas adopté une attitude leur donnant accès aux immunités prévues par la loi. Dans cette dernière hypothèse, leurs agissements ou leurs omissions sont examinés selon les critères du droit commun de la responsabilité civile.

L'article 27 écarte l'obligation de surveillance active pour ces intermédiaires. Ce n'est donc pas une 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.

L'exclusion de l'obligation de surveillance active est assortie d'une interdiction d'interférer avec le responsable de l'accès aux documents, dans les cas où il s'agit d'un environnement où

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.

s'applique un régime d'accès aux documents. Il y a également une interdiction d'empêcher les autorités responsables d'exercer leurs fonctions relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions. Mais dès lors que l'intermédiaire se met à jouer un rôle actif, il perd le bénéfice de l'exclusion de cette obligation de surveillance, par exemple, en se mêlant d'accès aux documents ou en s'interposant entre les forces de l'ordre et les documents.

Mais l'exclusion de l'obligation de surveillance active connaît des limites. Apparemment, elle prend fin lorsqu'un contenu effectivement illicite a été porté à la connaissance de l'intermédiaire. Selon une décision du Tribunal de commerce de Paris, dès lors qu'un titulaire de droits a signalé un contenu illicite dans une zone de stockage déterminée à un hébergeur, ce dernier aurait l'obligation de surveiller toute nouvelle apparition de ce contenu, dans n'importe quelle zone de stockage de son site¹⁷.

B. Les exonérations de responsabilité des intermédiaires

Reprenant l'approche de la directive européenne sur le commerce électronique, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* institue un régime conditionnel d'exonération de responsabilité pour certains intermédiaires¹⁸. 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. Les articles 36 et 37 portent sur les prestataires agissant à titre de transmetteur.

1) L'hébergeur, l'intermédiaire agissant pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau

L'article 22 clarifie, pour le droit québécois, les principes qui doivent trouver application dans un ensemble de situations dans lesquelles le prestataire n'exerce pas de contrôle à l'égard des informations fautives. 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 remisés 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.

¹⁷ Flach Film et autres / Google France, Google Inc., Tribunal de commerce de Paris, 8^e chambre, Jugement du 20 février 2008, Legalis.net, < http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2223 > (site visité le 20 mai 2008).

¹⁸ 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.

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.

L'article 22 vise les prestataires qui « agissent » à titre d'intermédiaires. Le régime qui module leur responsabilité 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-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 technique 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 technique 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 n'a pas de droit de regard sur la teneur des documents hébergés.

À plusieurs égards, le prestataire de tels services d'hébergement ressemble au propriétaire d'un lieu¹⁹. Le plus souvent, les documents que l'on souhaite mettre à la disposition du public sur le web sont confiés à une entreprise qui les loge sur des serveurs. C'est une situation où des informations se trouvent sur la propriété d'une entreprise. Les propriétaires sont rarement tenus responsables pour les actes posés par des tiers sur leur propriété. Par exemple, lorsqu'un hôtel loue une chambre à un client, il n'a pas l'obligation, ni le droit, de superviser ce que ce dernier y fait. C'est pourquoi il n'est pas responsable des activités illégales qui s'y dérouleraient à son insu. Il en va de même d'un prestataire qui conserve des documents sur un réseau : les documents sont physiquement situés sur un serveur ou un autre environnement lui appartenant, mais celui-ci ne joue pas de rôle actif dans la diffusion du document.

¹⁹ Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHFLEF et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 1296 p., p. 5-10

Ce raisonnement correspond au principe suivi par la jurisprudence de plusieurs pays selon laquelle un propriétaire n'est pas, en principe, responsable des fautes commises par ses locataires. Par contre, un hôtel qui, en toute connaissance, se fait le centre d'activités illégales est responsable des dommages, tout comme le serait un propriétaire de site qui endosserait les messages diffamatoires transmis par les utilisateurs. On conçoit en effet 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 un rediffuseur des propos et est responsable des dommages tout comme l'auteur du message²⁰. De même, un intermédiaire aurait toujours l'obligation de retirer l'information qu'il sait être dommageable sous peine de s'en voir imputer la responsabilité en tant que rediffuseur des propos²¹. Lorsqu'on applique à l'hébergeur la métaphore du propriétaire, la condition préalable à sa responsabilité est la connaissance du caractère fautif des informations situés dans un lieu électronique²².

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.

On vise ici la réalisation de toute activité à caractère illicite et pas uniquement les activités illégales au sens strict. Les activités illégales sont celles qui sont contraires à la loi. Les activités illicites sont celles qui, sans être spécifiquement déclarées illégales par la loi, peuvent constituer une faute. Par exemple, révéler une information sur une personne n'est pas nécessairement illégal, mais cela peut être illicite puisque c'est un geste susceptible de constituer une atteinte à la vie privée, donc une faute au sens du *Code civil*.

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.

2) L'intermédiaire offrant des services de références à des documents technologiques

L'intermédiaire visé au troisième alinéa de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* est « 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 ». Selon le *Robert*, le mot « référence » signifie « Action

²⁰ *Hellar c. Bianco*, 11 Cal. App. 2d 424, 244 P.2d 757, 28 ALR2d 451 (1952); *Scott c. Hull*, 22 Ohio App.2d 141, 259 N.E.2d 160, (1970); *Tackett c. General Motors Corporation*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); *Woodling c. Knickerbocker*, 17 N.W. 387 (Minn. 1883).

²¹ Eric SCHLACHTER, « Cyberspace, the Free Market and the Free Marketplace of Ideas : Recognizing Legal Differences in Computer Bulletin Board Functions », (1993) 16 *Hastings Comm/Ent L.J.* 87, 118.

²² Jay R. McDANIEL, « Electronic Torts and Videotext – At the Junction of Commerce and Communications », (1992) 18 *Rutgers Comp. & Tech. L.J.* 773, 825.

de se référer ou de renvoyer le lecteur à un texte, une autorité ». On vise donc à l'article 22 tout service qui fournit des références à des documents. Le prestataire n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. La possibilité d'engager sa responsabilité peut découler notamment de sa connaissance de fait 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.

À la lumière des catégories génériques de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, comment qualifier les outils de recherche, les blogues, les sites dits de réseautage social, les wikis de même que les sites de partage de contenus? Dans la mesure où ces sites ne décident pas de la teneur des documents affichés sur leur site, ils peuvent prétendre à la qualification d'intermédiaire au sens défini par l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Évidemment, dans les situations où il est démontré qu'ils jouent une part active dans la décision de diffuser, ils pourront être qualifiés d'éditeurs.

a) *Les outils de recherche*

Parmi les services de référence d'usage courant sur Internet, il y a les outils de recherche qui fournissent ou utilisant des algorithmes ou index pour retrouver les documents correspondants à une requête qu'on lui fournit. La notion englobe aussi la collection structurée et thématique de répertoires résultant d'une compilation d'un domaine d'information. L'expression « outil de recherche » est générale, elle vise les moteurs de recherche et les répertoires de recherche. Compte tenu de l'ubiquité du réseau et du fait que la quasi-totalité des informations sont susceptibles de s'y retrouver, il est apparu très tôt que l'usage d'Internet n'est en pratique possible que moyennant la disponibilité d'outils capables d'identifier rapidement l'information qui intéresse l'internaute²³.

Le moteur de recherche est un programme – en fait, plusieurs programmes se partagent ces diverses tâches – qui indexe le contenu de différentes ressources Internet et, plus particulièrement de sites Web, pour permettre ensuite à l'internaute qui utilise un navigateur Web de rechercher de l'information selon différents paramètres, en se servant de mots-clés et d'avoir accès à l'information ainsi trouvée²⁴.

23 Frank A. PASQUALE III et Oren BRACHA, *Federal Search Commission?: Access, Fairness and Accountability in the Law of Search*, University of Texas, School of Law, Public and Legal Theory Research Paper no. 123, July 2007, p. 4; Laurent CARON, « Protection des données personnelles et moteurs de recherche : quels sont les réels enjeux ? », *Légipresse*, n° 244, septembre 2007, p. 111; Jayni FOLEY, « Are Google Searches Private? An Originalist Interpretation of the Fourth Amendment in Online Communication Cases », *22 Berkeley Tech L.J.* 2007, 447-475; James GRIMMELMANN, « The Structure of Search Engine Law », *93 Iowa L. Rev.* 1 (2007); Eric GOLDMAN, « Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism », *Yale Journal of Law & Technology*, (2005-2006).

24 OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Terminologie d'Internet*, < <http://www.olf.gouv.qc.ca/index.html> > (site visité le 20 mai 2008).

Le répertoire de recherche est un site Web se présentant comme un inventaire, spécialisé dans un domaine ou non, dans lequel les documents référencés sont classés par catégorie et accessibles au moyen de liens hypertextes.

La notion d'index renvoie à une liste de clés ou de références vers les éléments d'un ensemble de données, comme les enregistrements d'une base de données, les mots d'un ensemble de documents pouvant être, par exemple, des pages Web. Les moteurs de recherche offerts sur Internet utilisent des index pour permettre le repérage des documents ou des ressources.

L'article 22, 3^e alinéa, vise également les répertoires. Il s'agit de systèmes de classification de données sur un support de stockage permettant de regrouper les données de même nature. Un répertoire peut être subdivisé en sous-répertoires. Le classement dans un répertoire se fait pour rendre accessibles les données qui y sont listées. Ainsi, les informations peuvent être retrouvées et consultées.

Quant aux hyperliens, il s'agit de connexions activables dans un document permettant l'accès à une ressource technologique. Le terme « hyperlien » désigne le raccordement d'un élément d'un document offert sur le Web, comme un mot ou une image, à une autre page HTML accessible elle aussi sur Internet. Cependant, des hyperliens fort semblables sont proposés par divers produits commerciaux servant à la préparation des documents technologiques, par des systèmes d'information commerciaux et dans nombreux autres contextes.

Le principe posé au dernier alinéa de l'article 22 est que l'intermédiaire offrant des services de références à des documents technologiques n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. Ce n'est que lorsqu'il acquiert connaissance du caractère illicite des activités accomplies via ses services que sa responsabilité peut être engagée.

b) *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 systèmes 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 bord²⁵. 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 ancien²⁶. En général, un blogue sera mis à jour régulièrement par une seule personne qui en aura le contrôle, mais il est

²⁵ « Blogue », Office québécois de la langue française, dans *Le grand dictionnaire terminologique*, < <http://www.granddictionnaire.com> > (site consulté le 20 mai 2008).

²⁶ Bernard BRUN, « Le blogue : un équilibre délicat entre communication et responsabilité », dans *Leg@l.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.

possible également que plusieurs auteurs y participent²⁷. En explorant plusieurs blogues, il est possible de faire quelques constatations. Dans un premier temps, 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 à la discrétion du blogueur de modérer ou non les opinions publiées pour éviter que des messages illicites se retrouvent sur le site Web.

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 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 »²⁸.

c) *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-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 YouTube²⁹ et Dailymotion³⁰. 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.

²⁷ « Blogue », Office québécois de la langue française, dans *Le grand dictionnaire terminologique*, <http://www.granddictionnaire.com>, (site consulté le 20 mai 2008).

²⁸ 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.

²⁹ < <http://www.youtube.com/> > (site visité le 20 mai 2008).

³⁰ < <http://www.dailymotion.com/> > (site visité le 20 mai 2008).

d) *Les sites de réseautage social*

Les sites de réseautage social, nommés *Social Networking Websites* en anglais, sont des sites qui permettent la rencontre et la mise en relation de personnes via leurs réseaux sociaux. Le formulaire d'inscription nous permettra en général de créer un profil de base, qui peut contenir notre nom, la ville de notre résidence, ainsi que notre occupation³¹. Par la suite, il est possible de compléter les informations nous concernant de façon plus détaillée, en ajoutant notre photographie, notre curriculum vitae ou encore nos centres d'intérêts. Ces renseignements seront regroupés dans un espace personnel. Pour pouvoir profiter de la mise en relation avec d'autres personnes, nous pouvons ajouter des contacts à notre carnet d'adresses. Pour ce faire, nous pouvons rechercher des individus qui sont déjà membres du site et leur envoyer des demandes de mise en relation. Si nous voulons prendre contact avec quelqu'un qui n'est pas membre, il est généralement possible de lui envoyer un courriel l'invitant à s'inscrire et à prendre contact. Certains sites vont offrir d'importer la liste contacts d'une adresse de courrier électronique déjà existante dans le but d'envoyer à toutes ces personnes des courriels d'invitation. Si les personnes concernées se joignent au site, elles apporteront à leur tour leurs contacts et le réseau grandit de cette façon. Les différents services offerts par ces sites peuvent varier. Certains vont seulement offrir un outil de recherche pour connecter avec des individus. D'autres vont offrir de créer un blogue, de mettre en ligne du contenu diffusé en transit, de publier des commentaires, etc.

Il est certain que les espaces privatifs de chacun des usagers relèvent uniquement de la responsabilité de ces derniers. À l'égard des contenus introduits par les usagers d'un site de réseautage social, le maître du site est généralement dans une position d'hébergeur. Mais il existe une certaine tendance à tenir en considération, le rôle structurant que joue le maître du site de réseautage social dans la configuration de celui-ci et partant, l'implication éditoriale qui pourrait en résulter. Par exemple, le Tribunal de Grande Instance de Paris a qualifié le site MySpace d'éditeur. Dans une ordonnance de référé rendue le 22 juin 2007, il en a tiré les conséquences en termes de responsabilité et a condamné le portail communautaire pour avoir mis en ligne des sketches de l'humoriste Jean-Yves Lafesse sans son autorisation. Le tribunal a estimé que les fonctions de la société MySpace allaient bien au-delà de celles d'un hébergeur. Tout en convenant qu'il est incontestable que MySpace exerce des fonctions d'hébergement, le tribunal ajoute que :

*imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités.*³²

³¹ Voir, par exemple, le formulaire d'enregistrement au site LinkedIn : < https://www.linkedin.com/secure/register?trk=ghome_join > (site visité le 20 mai 2008).

³² Jean-Yves L. dit LAFESSE / Myspace, Tribunal de grande instance de Paris Ordonnance de référé 22 juin 2007, Legalis.net, < http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1965 > (site visité le 20 mai 2008).

e) *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.

L'adhésion à un tel site d'évaluation peut être ou peut ne pas être volontaire. Habituellement, les sites d'évaluation de services reçus ne seront pas basés sur une procédure d'inscription volontaire. Ce seront les gens qui ont reçu le service qui inscriront sur le site le nom du service reçu et l'appréciation qu'ils en donnent. Par exemple, sur le site [RateMyProfessors.com](http://www.ratemyprofessors.com)³³, qui consiste à évaluer l'enseignement de certains professeurs, ce sont habituellement des élèves qui ajoutent les professeurs à la base de données du site et non les professeurs qui s'ajoutent eux-mêmes. De la même façon, plusieurs sites de commerce électronique, comme [eBay](http://www.ebay.ca)³⁴, vont incorporer au service de vente une évaluation des produits vendus, des vendeurs et des acheteurs. L'adhésion à cette procédure de notation n'est pas volontaire, elle est obligatoire si nous voulons faire affaire sur le site. Ces évaluations nous permettent ensuite de savoir si le vendeur qui nous intéresse est apprécié des autres utilisateurs du site, ou si l'acheteur avec qui nous faisons affaire n'est pas en retard lorsqu'il paie des articles. Par contraste, l'adhésion à certains types de sites d'évaluation sera totalement volontaire. Ces sites consistent généralement à évaluer les attributs physiques d'une personne³⁵ ou encore des biens en sa possession comme un animal ou une voiture³⁶. Il suffit de soumettre une photographie, qui sera ensuite publiée sur le site, pour que le public l'évalue.

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](http://www.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

³³ < <http://www.ratemyprofessors.com/> > (site visité le 20 mai 2008).

³⁴ < <http://www.ebay.ca/> > (site visité le 20 mai 2008).

³⁵ Voir, par exemple, < <http://www.hotornot.com/> > (site visité le 20 mai 2008).

³⁶ Voir, par exemple, < <http://www.ratemyride.com/> > (site visité le 20 mai 2008).

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 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.

De son côté, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a également conclu à l'illégitimité du site au regard de la protection des données personnelles. Dans son communiqué résumant sa décision du 6 mars 2008, l'organisme constate que :

le système de notation des enseignants de la société note2be.com poursuit une activité commerciale reposant sur l'audience d'un site internet qui ne lui confère pas la légitimité nécessaire, au sens de la loi, pour procéder ou faire procéder à une notation individuelle des enseignants susceptible de créer une confusion, dans l'esprit du public, avec un régime de notation officiel.

Ainsi, le but commercial dans lequel est supposé s'inscrire le traitement de même que l'hypothétique confusion avec un système de notation officiel semblent suffire à ruiner la légitimité de ce qu'on aurait pu croire n'être que l'expression d'opinions - possiblement déplaisantes- à l'égard des activités publiques de personnes exerçant un métier qui concerne le public. Si la tendance que représente la décision note2b devait se confirmer, il est à craindre que cela réduise la portée du droit de discuter des faits et gestes publics des personnes. Rien ne s'opposerait à ce que l'on reconnaisse aux personnes un droit d'invoquer les lois sur la protection des données afin de réclamer la censure des informations du domaine public qui les concernent et ce au fil de ce qu'ils trouvent déplaisant ou agaçant ou en invoquant quelque risque de désagrément.

f) *Les wikis*

Un site Wiki est un site Web où les usagers peuvent modifier l'information qui s'y trouve. *Wiki* est un mot dérivé de l'expression hawaïenne *wikiwiki* qui signifie « vite »³⁷. Les sites Wikis ont des finalités d'information en ligne, de création, par exemple un roman collectif. Ils sont aussi utilisés comme plateformes de travail collaboratif. Contrairement aux blogues, qui sont davantage le résultat du travail d'un seul individu, les sites Wikis font appel à la collectivité. Les visiteurs sont appelés à intervenir sur le site en ajoutant ou en corrigeant des informations qu'ils jugent inexacts ou incomplètes. L'exemple le plus connu d'un site Wiki est assurément l'encyclopédie en ligne Wikipédia³⁸. Cette encyclopédie contiendrait plus de 7 millions d'articles dans une multitude de langues.

Pour créer un site Wiki, il faut disposer d'un logiciel de gestion de sites Wikis, comme MediaWiki³⁹. Par contre, la modification d'un site Wiki déjà existant ne requiert aucun logiciel en particulier, il suffit de se rendre sur la page en question et de cliquer sur le lien « Voir le texte source » ou « Modifier ». La modification d'un site Wiki sera un peu plus difficile en comparaison avec la modification d'un blogue. Pour éditer un texte, il faut utiliser un langage qui ressemble à du langage HTML en version simplifiée, nommé Wikitexte⁴⁰. Il faut alors mettre certains mots entre crochets ou ajouter des expressions devant des mots pour faire une mise en forme du texte. Par contre, pour les fonctions de base telles mettre un mot en caractère accentué, il y aura généralement des icônes, semblables à celles qui se retrouvent dans un logiciel de traitement de texte, pour faciliter le travail.

Les articles qui sont publiés sur un tel site sont habituellement libres de droit, la licence de documentation libre GNU⁴¹ étant généralement utilisée. En effet, une fois en ligne, n'importe quel utilisateur peut reprendre l'article et le modifier à sa guise. Par contre, les sites Wikis imposeront souvent des règlements à l'utilisation du site, ceux-ci interdisant généralement le plagiat d'une œuvre protégée ou encore les propos insultants. Certains sites peuvent également restreindre les paramètres de modification des articles aux seuls membres enregistrés. Pour plus de sécurité, chaque modification est conservée dans une base de données, donc si une personne malintentionnée efface des articles, il sera possible de les récupérer⁴². Il est possible de voir l'historique de ces modifications en cliquant sur le lien « Historique » dans un site Wiki.

Comme on peut le constater, les wikis présentent une situation dans laquelle les fonctions d'éditeurs et d'hébergeurs sont plus entremêlées que jamais. Dans la mesure où les wikis sont constitués de contenus introduits par les utilisateurs, ils sont assimilés à des hébergeurs. Par

³⁷ « Site Wiki », Office québécois de la langue française, dans *Le grand dictionnaire terminologique*, < <http://www.granddictionnaire.com> > (site consulté le 20 mai 2008).

³⁸ < <http://www.wikipedia.org/> > (site visité le 20 mai 2008).

³⁹ < <http://www.mediawiki.org/> > (site visité le 20 mai 2008).

⁴⁰ Sébastien BLONDEEL, *Wikipédia : comprendre et participer*, coll. « Connectez-moi! », Paris, Éditions Eyrolles, 2006, p. 107.

⁴¹ < <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html> > (site visité le 20 mai 2008).

⁴² Raphaële KARAYAN, « La révolution Wiki est en vue », dans *Le Journal du Net*, < <http://www.journaldunet.com/0308/030811wiki.shtml> > (site consulté le 20 mai 2008)

exemple, dans une ordonnance de référé du 29 octobre 2007, le Tribunal de grande instance de Paris a débouté trois plaignants qui poursuivaient la Fondation Wikimedia, propriétaire de l'encyclopédie en ligne Wikipédia, pour atteinte à la vie privée et diffamation étant donné que leurs préférences sexuelles avaient été révélées au détour d'un article de l'encyclopédie collaborative⁴³. Assignée à titre d'hébergeur, le tribunal considère que l'encyclopédie Wikipédia n'est pas responsable du contenu des articles publiés. C'est la *Loi sur la confiance dans l'économie numérique* adoptée en juin 2004 qui s'applique. Aux termes de cette Loi, les prestataires d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des informations qu'ils stockent s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère. De plus, les hébergeurs ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveiller les informations stockées, ni de rechercher des faits ou circonstances révélant des activités illicites. Dans cette affaire, les plaignants n'ont pas respecté les règles de procédure et de forme prévues par la Loi pour notifier à l'encyclopédie la présence sur son site du contenu litigieux, ce qui est essentiel pour que l'hébergeur acquière connaissance des faits litigieux et soit tenu de supprimer les passages contestés. Ensuite, Wikimedia n'est pas tenu à une obligation particulière de rechercher des contenus diffamants ou portant atteinte à la vie privée de tiers en raison du risque que son activité fait peser sur leur survie.

Certains estiment qu'il faut relativiser cette décision étant donné la suppression de l'article litigieux de l'historique du site le jour de l'instance, annulant ainsi les dommages directs, le fait que les parties aient convenu d'assigner Wikipédia en tant qu'hébergeur, alors que ce statut ne va pas de soi, et enfin qu'il s'agit là d'une ordonnance de référé qui ne juge que de l'évidence⁴⁴.

3) Les faits donnant ouverture à la responsabilité des hébergeurs et de ceux offrant des services de références 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.

À plusieurs égards, l'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche ressemble au bibliothécaire. Il offre des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche. À l'instar du bibliothécaire, il ne contrôle pas le contenu des informations qu'il transmet ou met à la disposition du public ou de ses clients. Il serait en effet impensable que chaque prestataire

⁴³ Marianne B. et autres/ Wikimedia Foundation, Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé, 29 octobre 2007, disponible à [legalis.net](http://www.legalis.net), < http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2071 > (site visité le 20 mai 2008).

⁴⁴ « Wikipédia, hébergeur sans obligation », *legalis.net*, 8 novembre 2007, < http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2073 > (site visité le 20 mai 2008).

d'outils de recherche ou de localisation ait à répondre du contenu de chaque publication qu'il identifie ou vers laquelle il pointe un hyperlien. Pas plus qu'il devrait être obligé de s'assurer qu'elles ne contiennent aucune information fautive, illicite ou dommageable.

En revanche, on conçoit que le bibliothécaire a l'obligation de retirer les informations dont il a été informé du caractère délictueux. S'il ne le fait pas, il peut être tenu responsable des dommages qui en résultent⁴⁵.

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.

a) 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.

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

⁴⁵ D. SLEE, « Liability for Information Provision », (septembre 1992) 23 *The Law Librarian* 155; J. A. GRAY, « Personal Malpractice Liability of Reference Librarians and Information Brokers », (1988) 9(2) *Journal of Library Administration* 71; J.A. GRAY, « Strict Liability for Dissemination of Dangerous Information? », (1990) 82 *Law Library Journal* 497; D.J. LOUNDY, « E-LAW 4 : Computer Information Systems Law and System Operator Liability », (1998) 21 *Seattle University Law Review* 1075

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.

b) La connaissance de circonstances rendant apparente une activité illicite

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.

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?

c) 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 »⁴⁶. 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 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

⁴⁶ 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> >.

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 site 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.

Aux États-Unis, le Congrès, a mis en place des façons de traiter des allégations d'illégalité de matériel publié sur Internet. Compte tenu de l'attachement de la jurisprudence américaine à la liberté d'expression, il a été convenu d'aborder la responsabilité des intermédiaires en évitant des solutions donnant ouverture à des pratiques de censure préalable. En droit américain, le *Digital Millenium Copyright Act*⁴⁷ prévoit des exemptions conditionnelles de responsabilité qui découleraient de violations du droit d'auteur pour les intermédiaires.

Pour bénéficier des exemptions de responsabilité, les intermédiaires doivent désigner un agent habilité à recevoir les notifications des plaignants à l'effet qu'un document hébergé ou transporté comporte une violation du droit d'auteur. Les personnes peuvent formuler une plainte au sujet d'un document. La plainte doit être signée et identifier l'œuvre contrefaite, le contenu contrefaisant et sa localisation. Des déclarations assermentées doivent accompagner une pareille plainte. Ce n'est qu'une fois qu'il a reçu une plainte respectant les conditions de fond et de forme prescrites par la loi que l'hébergeur a l'obligation d'agir avec célérité. S'il n'agit pas, il peut être condamné à des dommages-intérêts. La notification peut être suivie d'une contre-notification de la part de celui qui conteste les prétentions de la plainte. Alors, l'hébergeur transmet cette contre-notification au plaignant et l'informe qu'il replacera le contenu litigieux dans un délai de dix jours ouvrables. Avant l'expiration de ce délai, le plaignant qui veut éviter la remise en ligne du contenu litigieux peut introduire un recours en injonction. Sinon, l'hébergeur doit remettre le contenu en place dans un délai ne dépassant pas quatorze jours de la contre-notification.

La loi française sur la confiance dans l'économie numérique prévoit un mécanisme de notification des intermédiaires. L'article 6.1-5 de la LCEN dispose que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

** la date de la notification ;*

** si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne 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 social ;*

** 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.*

⁴⁷ Public Law n° 105-304, 112 Stat. 2860 (28 octobre 1998), < http://www.eff.org/ip/DMCA/hr2281_dmca_law_19981020_pl105-304.html > (site visité le 15 janvier 2002). Voir Jane GINSBURG, *News from the U.S.*, (1999) 179, RIDA, 143 à la p. 225.

Le fait de ne pas recourir à cette procédure de notification ou d'en ignorer le formalisme a été sancitoné par la jurisprudence.⁴⁸

À moins qu'il soit disposé à courir le risque de se voir poursuivi par celui qui verrait son document censuré sans justification, l'intermédiaire doit s'assurer du sérieux de la plainte. Pour établir le sérieux d'une plainte, l'intermédiaire pourra s'inspirer de la procédure de « notice et take down » de la législation américaine ou de la procédure requise par la loi française. Ces exemples des façons de faire en droit américain et en droit français fournissent des indications utiles sur les précautions à prendre par un intermédiaire qui reçoit une notification à l'effet qu'un contenu hébergé ou auquel il réfère est illicite.

Dans les situations où le caractère illicite du document ne saute pas aux yeux, le prestataire doit se doter d'un avis juridique indépendant confirmant le caractère illicite du document qui est l'objet de la plainte. Une fois cette confirmation (que l'intermédiaire doit requérir avec diligence) obtenue, il doit retirer le document. Mais si selon l'avis indépendant la plainte apparaît insuffisamment fondée, il doit refuser de retirer le matériel, quitte à réclamer des preuves plus sérieuses. Dans cette dernière situation, il ne pourrait être prétendu que le prestataire avait une connaissance du caractère illicite; il n'avait tout au plus connaissance que d'allégations non confirmées par un tiers indépendant. Cela empêche de soutenir qu'il avait connaissance du caractère illicite du document.

La dénonciation abusive est punie d'une amende. L'article 6.1-4 dispose que « le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées au 2 un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 EUR d'amende. »

Par contre, l'intermédiaire –hébergeur est responsable du contenu « manifestement illicite ». Dans une réserve d'interprétation apportée au texte de la LCEN, le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions de la loi « 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 »⁴⁹ qui si celle-ci « ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge »⁵⁰.

En fin de compte, il apparaît que la responsabilité de l'intermédiaire ne peut découler que de la réelle connaissance du caractère illicite d'un document. Raisonner autrement poserait problème au regard de la liberté d'expression.

⁴⁸ 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..

⁴⁹ 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..

⁵⁰ Conseil Constitutionnel, décision no. 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO 22 juin 2004, p. 11182 ; Voi Ophélie FONDEVILLE et Anne-Sophie JOUANNON, « Le 'manifestement illicite', mystérieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur » *Juriscom.net*, 7-04-2008, < <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=1051> > visité le 23 mai 2008.

d) *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 lorsque 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.

4) **Le transmetteur**

Certains acteurs du cyberspace assument un rôle de simple transporteur d'informations. Comme un transporteur, un système électronique de communication ne fait parfois que servir de conduit pour transporter de l'information d'un site à un autre. Les transporteurs offrant des services au public, les « common carriers » sont en principe exonérés de la responsabilité pour le contenu de propos qu'ils transportent pour le compte de leurs utilisateurs⁵¹. Contrairement aux éditeurs et aux distributeurs, les transporteurs ont l'obligation de transporter tout message sans discrimination que ce soit vis-à-vis du contenu du message que de la personne qui l'expédie⁵². L'article 36 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* se lit comme suit :

⁵¹ Michael H. RYAN, *Canadian Telecommunications Law and Regulation*, Toronto, Carswell, 1995, p. 416; Lynn BECKER, « Electronic Publishing; First Amendment Issues in the Twenty-First Century », (1984-85) 13 *Fordham Urban Law Journal* 801, 857.

⁵² *Chastain c. British Columbia Hydro & Power Authority*, [1973] 2 W.W.R. 481; *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 36 : « Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public ».

36. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques sur ce réseau n'est pas responsable des actions accomplies par autrui au moyen des documents qu'il transmet ou qu'il conserve durant le cours normal de la transmission et pendant le temps nécessaire pour en assurer l'efficacité.

Il peut engager sa responsabilité, notamment s'il participe autrement à l'action d'autrui :

- 1° en étant à l'origine de la transmission du document;*
- 2° en sélectionnant ou en modifiant l'information du document;*
- 3° en sélectionnant la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès;*
- 4° en conservant le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission.*

Cette disposition délimite la responsabilité incombant à l'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques sur ce réseau. On vise ici les intermédiaires qui offrent des services exclusivement liés à la transmission. Par exemple, le fonctionnement d'un serveur de courriel se présente comme suit : l'utilisateur accède à son courriel en contactant son fournisseur de service. L'utilisateur qui écrit un courriel, l'expédie sur le réseau au moyen du serveur de courriel. Les messages reçus passent aussi par le serveur de courriel. Tous les courriels, envoyés et reçus, sont stockés dans une base de données d'entreposage des courriels et ils sont archivés sous le nom de l'utilisateur. Le prestataire de services de courriel n'intervient que pour assurer la transmission des documents.

L'intermédiaire n'agissant que comme transmetteur n'est pas, en principe, responsable des actions accomplies par autrui au moyen des documents qu'il transmet ou qu'il conserve durant le cours normal de la transmission et pendant le temps nécessaire pour en assurer l'efficacité. Par exemple, l'intermédiaire n'est pas responsable des activités illégales qui pourraient être contenues dans les messages reçus ou expédiés par un client. Toutefois, si le transmetteur pose certains gestes, il peut engager sa responsabilité. Sa participation à l'action d'autrui emporte sa responsabilité. Ainsi, il peut engager sa responsabilité dans les quatre situations mentionnées à l'article 36.

Cette liste n'est pas exhaustive des situations dans lesquelles un intermédiaire qui y est visé peut engager sa responsabilité. L'article 36, 2^e alinéa, énonce en effet que le transmetteur peut engager sa responsabilité, notamment s'il participe autrement à l'action d'autrui. En dehors des situations expressément énumérées ici, il peut y en avoir d'autres dans lesquelles le transmetteur fait plus que d'assumer un rôle passif dans la transmission et prend une part active à l'activité d'autrui. Il convient d'examiner plus à fond les cas de figure expressément mentionnés.

a) Le prestataire qui est à l'origine de la transmission du document

Si le prestataire est à l'origine de la transmission du document, il est en quelque sorte considéré avoir lui-même décidé de le transmettre. Alors, il n'est plus vraiment un intermédiaire passif. Il joue un rôle actif dans la décision de transmettre, ce qui est de la nature de l'exercice d'un geste éditorial.

b) Le prestataire qui sélectionne ou modifie l'information du document

Lorsque le prestataire sélectionne ou modifie l'information, il exerce une fonction éditoriale. Il devient la personne qui prend la décision de formuler ou de faire circuler un document. Il est alors considéré avoir participé à la décision de produire le document dans l'état où il est. Du coup, il en répond.

c) Le prestataire qui sélectionne la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès

En opérant une sélection des personnes qui transmettront ou recevront un document, le prestataire fait plus que de simplement transmettre. Le prestataire décide des personnes qui transmettent, reçoivent ou peuvent accéder à un document. Le prestataire qui sélectionne la personne qui transmet décide lui-même de la transmission : il n'en est plus un agent passif. Il en va de même s'il sélectionne le récipiendaire ou la personne qui peut y accéder.

d) Le prestataire qui conserve le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission

Dans une telle situation, le prestataire se trouve à être en possession du document et exerce sur celui-ci un contrôle physique. Ce peut être par exemple s'il intercepte le document. Le contrôle physique effectif est alors exercé par une personne qui, sachant qu'elle contribue à la diffusion d'un document potentiellement dommageable, a la possibilité de retirer ce message et mettre un terme à sa circulation non pas en exerçant un contrôle éditorial sur le contenu, mais bien en le retirant de la circulation.

En somme, dans toutes ces situations, le prestataire fait plus que simplement fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques sur ce réseau. Le prestataire joue alors un rôle actif dans les décisions relatives au document transmis ou dans les actions accomplies par d'autres. Il engage alors sa responsabilité.

5) L'intermédiaire qui conserve les documents à la seule fin d'assurer l'efficacité de la transmission

L'article 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* organise le régime de la responsabilité incombant à l'intermédiaire pour conserver sur un réseau de communication les documents technologiques que lui fournit son client et qui ne les conserve qu'à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure. Il peut s'agir, par exemple, d'un serveur à accès contrôlé, d'un hébergeur pour des documents destinés à des personnes spécifiquement désignées. Il peut aussi s'agir d'un prestataire offrant un service d'intranet. L'article 37 se lit comme suit :

37. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour conserver sur un réseau de communication les documents technologiques que lui fournit son client et qui ne les conserve qu'à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure aux personnes qui ont droit d'accès à l'information n'est pas responsable des actions accomplies par autrui par le biais de ces documents.

Il peut engager sa responsabilité, notamment s'il participe autrement à l'action d'autrui :

- 1° dans les cas visés au deuxième alinéa de l'article 36;*
- 2° en ne respectant pas les conditions d'accès au document;*
- 3° en prenant des mesures pour empêcher la vérification de qui a eu accès au document;*
- 4° en ne retirant pas promptement du réseau ou en ne rendant pas l'accès au document impossible alors qu'il a de fait connaissance qu'un tel document a été retiré de là où il se trouvait initialement sur le réseau, du fait qu'il n'est pas possible aux personnes qui y ont droit d'y avoir accès ou du fait qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait du réseau ou en a interdit l'accès.*

En principe, celui qui conserve des documents technologiques fournis par son client et qui ne les conserve qu'afin d'assurer l'efficacité de la transmission n'est pas responsable des actions accomplies par autrui par le biais de ces documents. Son activité est assimilée à celle du transporteur.

On vise ici un prestataire qui reçoit des documents de son client et les conserve uniquement afin d'assurer l'efficacité de la transmission. Cette pratique peut prendre différentes formes. Ainsi, un exploitant de réseau réservé à un ensemble déterminé de personnes peut se voir confier des documents. L'antémémorisation (caching) comporte le stockage des éléments d'une page Web dans un serveur ou un ordinateur intermédiaire de manière à pouvoir accéder plus efficacement à cette page. Les exploitants de réseaux tout comme les usagers peuvent pratiquer l'antémémorisation. Cette opération peut être définie comme étant la reproduction sur un serveur d'un document afin d'en faciliter l'accès par un usager sans qu'il soit nécessaire de requérir le document au serveur sur lequel il est originellement situé. L'antémémorisation peut s'effectuer en recourant à des proxies, qui sont des intermédiaires entre le navigateur de l'utilisateur et le serveur web. Ces intermédiaires peuvent à la fois servir de filtres et de cache. Selon Tischer et Jennrich, « on le trouve partout où des utilisateurs multiples accèdent au web par un point de concentration. C'est ainsi que plusieurs exploitants ont la possibilité de faire passer leurs clients par un proxy avant de les lancer sur le réseau Internet »⁵³. Ces auteurs ajoutent que :

*La caractéristique principale d'un proxy est sa fonction de point de passage obligé par les accès web des hôtes reliés. Si l'un des ordinateurs lance son navigateur pour accéder au réseau et à l'un des serveurs disponibles, la requête passe d'abord par le proxy. C'est lui qui prend le contrôle des opérations, reprend la requête en son propre nom pour la transmettre au serveur concerné. Lorsque les informations réclamées arrivent, le proxy les renvoie à l'hôte demandeur, qui ignore sa démarche. En fait, le proxy se comportant comme le serveur, l'hôte ne perçoit pas son existence.*⁵⁴

L'antémémorisation comporte le stockage des éléments d'une page Web dans un serveur ou un ordinateur intermédiaire de manière à pouvoir accéder plus efficacement à cette page. Ainsi, les

⁵³ Michael TISCHER et Bruno JENNRICH, *La bible Internet expertise et programmation*, Paris, Micro Application, 1997, p. 1050.

⁵⁴ Michael TISCHER et Bruno JENNRICH, *La bible Internet expertise et programmation*, Paris, Micro Application, 1997, p. 1050.

exploitants de réseau peuvent utiliser un serveur « proxy » qui est un ordinateur tampon afin d'améliorer la sécurité et la vitesse de transfert des oeuvres vers le client.

Les exploitants mettent en antémémoire les pages souvent consultées dans le but de réduire le délai d'accès auquel se heurtent les clients et d'atténuer les engorgements. Cette caractéristique est particulièrement importante pour ceux qui désirent accéder à des sites Web éloignés, une opération qui peut occasionner d'importants délais de communication. En antémémorisant les sites éloignés souvent réclamés par leurs clients, les exploitants sont en mesure de réduire ces délais. Les documents les plus fréquemment consultés sont stockés sur le proxy et l'accès aux sites web par les clients est ainsi plus rapide⁵⁵. L'antémémorisation peut être soit « aveugle » (exécutée automatiquement par le système de l'exploitant, selon la demande ou les exigences techniques), soit fondée sur des choix déterminés que fait l'exploitant pour des raisons d'ordre technique ou commercial.

Le transmetteur est en principe exonéré de responsabilité. Mais il peut engager sa responsabilité, notamment s'il participe autrement à l'action d'autrui. Parmi les cas de figure donnant à conclure à une participation à l'action d'autrui, il y a les situations visées à l'article 36, à savoir être à l'origine de la transmission du document; sélectionner ou modifier l'information du document; sélectionner la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès ou conserver le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission.

En plus, cet intermédiaire peut aussi engager sa responsabilité en ne respectant pas les conditions d'accès au document, en prenant des mesures pour empêcher la vérification de qui a eu accès au document. Sa responsabilité sera aussi engagée s'il ne retire pas promptement le document du réseau n'en rend pas l'accès impossible lorsqu'il a de fait connaissance qu'un tel document a été retiré de là où il se trouvait initialement sur le réseau. Même obligation lorsqu'il apprend le fait qu'il n'est pas possible aux personnes qui y ont droit d'y avoir accès ou du fait qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait du réseau ou en a interdit l'accès.

Dans de telles situations, l'intermédiaire prend une part active à la diffusion du document. Il assume un rôle actif puisqu'il devient partie prenante à la décision de diffuser le document; il tient alors un rôle d'éditeur. Or, l'exonération de responsabilité a lieu uniquement dans la mesure où il ne tient qu'un rôle passif dans la transmission du document. En ne respectant pas les conditions d'accès au document, il se trouve à décider lui-même des conditions auxquelles le document sera accessible. Il prend donc un rôle actif dans la diffusion du document. En prenant des mesures pour empêcher la vérification de qui a eu accès au document, il s'interpose dans la décision de diffusion du document.

Enfin, l'intermédiaire doit retirer promptement du réseau un document ou encore en rendre l'accès impossible dès qu'il a de fait connaissance qu'un tel document a été retiré de là où il se trouvait initialement sur le réseau. Il doit pareillement retirer le document lorsqu'il acquiert connaissance du fait qu'il n'est pas possible aux personnes qui y ont droit d'y avoir accès ou du fait qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait du réseau ou en a interdit l'accès.

⁵⁵ Jérôme COLOMBAIN, *Le dico du multimédia*, Paris, Éditions Milan, 1998, p. 168.

Conclusion

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* clarifie le régime de la responsabilité civile incombant aux intermédiaires techniques sur un réseau. S'inspirant des principes de la Directive européenne sur le commerce électronique de même que les dispositions de la législation américaine, elle organise la responsabilité des intermédiaires techniques qui prennent une part dans les processus d'acheminement et de mise à disposition des documents au public. L'examen des dispositions québécoises encadrant la responsabilité des intermédiaires d'Internet révèle la recherche d'un équilibre délicat entre une responsabilisation à outrance des intermédiaires et une immunisation de ces derniers aux dépens de ceux qui subissent des dommages du fait de la diffusion d'informations et de documents dans le cyberspace.

Nous avons montré que le contrôle effectif du message illicite est la condition essentielle au déclenchement de la responsabilité de l'intermédiaire. Lorsqu'ils n'ont pas le contrôle du message, la responsabilité des intermédiaires n'entre en jeu qu'au moment où ils ont connaissance effective du caractère illicite du document.

Mais il faut bien reconnaître que l'émergence des applications Internet se caractérisant par l'entremêlement de contenus générés par les usagers mais mis en ligne selon un format et une structure relevant du maître de site contribue à brouiller les distinctions que l'on doit forcément faire entre celui qui a le contrôle sur l'information et celui qui n'est qu'un intermédiaire dans l'acheminement de matériel présumément illicite.