

UNIVERSITE MONTPELLIER I

**FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION
INSTITUT DE RECHERCHE ET ETUDE
POUR LE TRAITEMENT DE L'INFORMATIQUE JURIDIQUE**

LE CONTRAT D'HEBERGEMENT DE SITE WEB

Mémoire de DEA Informatique et Droit

Sous la direction du professeur Christian LE STANC

Par
Peggy CAPLAIN

Remerciements :

- A Monsieur le professeur Christian LE STANC, mon directeur de mémoire, pour avoir orienté mes démarches pour l'ensemble de l'organisation de mes recherches; et pour m'avoir consacré de son temps,
- Aux membres de l'équipe de recherche de l'ERCIM, qui m'ont toujours autorisé à consulter l'ensemble des ouvrages de leur bibliothèque.
- Aux professionnels de l'Internet qui ont toujours eu la gentillesse de répondre à mes questions.
- A l'ensemble des étudiants du DEA informatique et droit, je les félicite d'avoir fait preuve d'une intelligence et d'une entraide remarquable concernant la diffusion d'informations et la communication de documents pour l'étude de mon mémoire
- A Alexandre pour sa disponibilité, son aide et sa compréhension.

Je tiens à remercier, plus particulièrement, Monsieur le professeur Michel BIBENT, mon directeur de DEA, pour m'avoir accordé sa confiance et pour m'avoir encouragé dans mon projet personnel, en m'ayant offert la possibilité d'aller étudier à l'Université du Québec à Montréal l'année prochaine.

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT D'HEBERGEMENT ET LES PARTIES AU CONTRAT

Chapitre 1^{er} : La particularité de l'objet du contrat

Section 1 : Définition de l'objet du contrat

§ 1 : La mise à disposition d'un espace

I : Définition juridique

A : Définition des principaux termes

B : Définition juridique retenue

II : Définition technique

A : Définition des principaux termes

B : La description technique et humaine de l'hébergement de site web

1) équipement et configuration technique de l'hébergeur

2) description de la chaîne humaine déterminant la place et le rôle de l'hébergeur

§ 2 : Les difficultés tenant à la prestation caractéristique du contrat

I : La prestation principale de l'hébergeur

II : Les prestations accessoires

Section 2: La qualification du contrat

§1 : Les qualifications possibles

I : Un contrat de louage de chose ?

II : Un contrat d'entreprise ?

§2 : La qualification retenue

I : La qualification retenue par la doctrine

II : La qualification retenue par la jurisprudence

Chapitre 2 : Les conséquences de la particularité de l'objet du contrat d'hébergement pour les parties

Section 1 : Les dispositions particulières relatives à la mise en place du contrat

§1 : Détermination de la qualité des parties

I : L'hébergé, l'hébergeur

A : Les motivations de l'hébergé

1) choix en fonction des besoins de l'hébergé

2) choix en fonction des critères techniques de l'hébergeur

B : Lieu d'hébergement

1) Les raisons techniques

2) Les raisons juridiques

II : Les titulaires des droits de propriété

A : Qui est propriétaire des logiciels et des machines

B : Qui est propriétaire et exploite le nom de domaine

§2 : Détermination du prix et des modalités de règlement

I : La détermination du prix dans le contrat d'hébergement

II : Les modalités de paiement du prix

Section 2 : Les dispositions particulières relatives à l'exécution du contrat

§ 1 Les obligations explicites nées du contrat

I : Les obligations respectives des parties

A : Les obligations de l'hébergeur

B : Les obligations de l'hébergé

II : L'exposé des clauses spécifiques

A : Les clauses recensées dans les contrats d'hébergement

1) la clause de confidentialité

2) La clause d'incessibilité

3) les autres clauses

B : Les clauses conseillées aux parties

1) Une clause facilitant l'interprétation du contrat

2) Une clause tendant à organiser la résolution des problèmes

3) Une clause résolutoire

§2 : Les conséquences en cas de non respect des obligations entre les parties

I Les conséquences de droit commun

II Des conséquences inattendues

DEUXIEME PARTIE : LE CONTRAT D'HEBERGEMENT ET LES TIERS AU CONTRAT

Chapitre 1^{er} : Les contours de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement

Section 1 : Les causes de la responsabilité des hébergeurs

§1 : Les fondements de la responsabilité des hébergeurs

I : La position du tribunal face à l'argumentation d'Estelle HALLYDAY

A : Les deux fondements avancés par Estelle HALLYDAY

B : La solution jurisprudentielle

1) la position du tribunal

2) le fondement des juges

a) sur le contenu des sites

b) sur la responsabilité

II : Les moyens de défense des hébergeurs face à la solution jurisprudentielle

A : Le fondement des moyens de défense des hébergeurs

1) La reconnaissance d'un droit de neutralité

2) L'hébergeur ne connaît pas l'auteur du site

3) La liberté d'expression

B : Le refus par les hébergeurs du droit de la presse

Section 2 : Les conséquences pour les hébergeurs

§1 : Les conséquences directes

I : Des conséquences directes basées sur la responsabilité de l'hébergeur

A : Des conséquences basées sur la responsabilité civile

B : Des conséquences basées sur la responsabilité pénale

II : Des conséquences prévisibles : la disparition des hébergeurs gratuits et français

§2 : La création par les tribunaux de nouvelles obligations à la charge des hébergeurs

I : Quelles sont ces obligations ?

II : Les limites à la responsabilité des hébergeurs

Chapitre 2 : La perspective d'une responsabilisation des hébergeurs

Section 1: Les propositions institutionnelles, des initiatives prometteuses

§1 Les propositions européennes

I : Le projet de directive européenne du 18 novembre 1998 au regard du Digital Millennium

Copyright Act américain

A: Etude du projet

B : La comparaison du projet de directive et le texte américain

II : "Le plan d'action" du conseil de l'Union Européenne du 21 décembre 1998

§2 Les propositions sur le plan national

I : Le Conseil d'Etat appelle à la corégulation

II: Les propositions de lois établies par les députés

A: propositions faites par Alain MADELIN

B: propositions faites par Olivier de CHAZEUX

C: propositions faites par Patrick BLOCHE

Section 2 : Les atouts des propositions doctrinales

§1 : La position dominante de la doctrine où la condamnation en premier lieu de l'auteur du site

§2 : La doctrine en faveur des règles de bonnes conduites dans l'attente d'une réforme législative

INTRODUCTION

Le multimédia est par essence un vecteur dynamique de communication. Le réseau Internet peut permettre la diffusion de ce produit multimédia afin de favoriser la transmission des connaissances et des cultures dans une dimension internationale. Sur ce réseau encore mal défini juridiquement à l'heure actuelle, un grand nombre d'acteurs interviennent dans un environnement contractuel en pleine évolution et en pleine effervescence. C'est pourquoi le rôle du juriste aujourd'hui est d'adapter le droit actuel, à ce nouvel outil dont l'essor et le succès ne sont plus à démontrer.

Le but de notre étude a donc été d'analyser la dynamique des relations contractuelles qui se créent et s'organisent entre les différents acteurs intervenants sur Internet, et plus précisément les liens qui unissent les intervenants au contrat d'hébergement.

Il apparaît qu'au fil de nos recherches et au regard des événements jurisprudentiels en la matière, c'est la fonction d'hébergement qui fournit les relations contractuelles les plus riches.

Pour effectuer ces recherches, un rappel en droit des obligations et droit des contrats spéciaux a été nécessaire afin de se remettre en mémoire les règles essentielles pour situer le sujet. C'est ainsi que nous avons élaboré ce mémoire à partir d'ouvrages de droit général. Cependant au regard de la spécificité du sujet nous nous sommes appuyés sur des ouvrages et articles récents pour permettre une étude plus approfondie. De plus, une grande partie des documents ont été trouvés grâce au réseau Internet, nous avons consulté des sites juridiques, des sites de cabinets d'avocats, ainsi que les sites d'un grand nombre de fournisseurs d'hébergement.

En s'appuyant sur une analyse minutieuse de tous les éléments encadrant le contrat d'hébergement, les développements exposés ont pour but de permettre au lecteur de mieux cerner le sujet. C'est dans cet esprit que nous avons voulu faire partager l'évolution et les solutions juridiques innovantes susceptibles d'organiser et de régler les caractéristiques relatives au contrat d'hébergement.

L'hébergement d'un site web est donc soumis à un dispositif contractuel particulier qui engendre des conséquences entre les parties mêmes au contrat, mais aussi une confrontation mouvementée face aux droits des tiers.

Par conséquent, l'étude du contrat d'hébergement nous a incontestablement amené à étudier dans une première partie les relations contractuelles inhérentes au contrat. Mais Internet facteur incontestable de progrès est aussi devenu le vecteur sans frontière de nombreuses illégalités. Au regard des événements jurisprudentiels, notre deuxième partie sera essentiellement consacrée à l'avenir du contrat d'hébergement face au droit des tiers.

PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT D'HEBERGEMENT ET LES PARTIES AU CONTRAT

La première étape dans toute étude d'un contrat est de déterminer l'environnement juridique dans lequel les parties vont organiser leurs relations.

Cependant, le réseau n'est pas un lieu de métiers et de traditions, mais plutôt l'environnement de compétences et de circonstances. C'est ainsi que dans cette première partie nous avons essayé dans un premier chapitre d'expliquer la particularité de l'objet du contrat d'hébergement. Dans un second chapitre nous tirerons les conséquences sur les relations contractuelles qui lient les parties au contrat.

Chapitre 1^{er} : La particularité de l'objet du contrat

Afin de démontrer que l'objet du contrat d'hébergement est spécifique, nous devons le définir, et comme tout contrat nous le qualifierons ce qui nous permettra par la suite de voir le régime qui lui est applicable

Section 1 : Définition de l'objet du contrat

En définissant l'objet du contrat d'hébergement, cela nous permet de mieux situer le sujet et de se familiariser avec les termes qui lui sont propre. De plus, en établissant la prestation principale du contrat on peut déjà voir l'environnement juridique du contrat.

§1 : La mise à disposition d'un espace

Au fil de nos recherches une expression revient constamment : "le contrat d'hébergement", qui correspond à la mise à disposition d'un espace. Cependant, afin de visualiser en quoi consiste cette mise à disposition nous devons donner une définition juridique et technique du contrat

I : Définition juridique

A : Définition des principaux termes

La définition de ces principaux termes est utile car elle va permettre de comprendre au mieux les fonctions et les acteurs participant au contrat d'hébergement.

Selon la définition du dictionnaire Larousse **l'hébergement** est l'action d'héberger c'est à dire de loger, d'accueillir.

Pendant longtemps, cette notion a essentiellement posé des problèmes juridiques en matière d'hébergement saisonnier lorsque des personnes concluaient des contrats d'hébergement temporaire lors de leurs vacances.

Avec l'émergence des réseaux, on assiste aujourd'hui à ce que l'on appelle l'hébergement de sites web, c'est à dire, l'accueil par des " hébergeurs " d'ensemble d'images, de sons, constituant des sites que l'on insère sur le réseau Internet. **Le site web** est constitué de pages et de logiciels. Ces derniers génèrent les pages automatiquement, par ailleurs, cet ensemble est hébergé sur un même serveur qui constitue le service fournit aux utilisateurs.¹

Par conséquent, les serveurs d'hébergement , "**les hébergeurs**", assurent la gestion du serveur où sont stockés les informations, qu'elles soient ou non éditées par le serveur lui même.²

Les serveurs permettent, donc à "**l'hébergé**", le cocontractant de l'hébergeur, que son site soit diffusé et accessible par tous les internautes qui souhaitent en faire la consultation.

B : Définition juridique retenue

La communication des informations sur le réseau Internet, s'entend de la mise en œuvre de moyens matériels nécessaires à la mise à disposition matérielle au profit des utilisateurs.

Le contrat d'hébergement s'inscrit dans cette perspective, il s'agit de bâtir un ensemble de dispositifs de nature à traiter des opérations de stockage grâce aux moyens techniques dont dispose l'hébergeur.

Nous retiendrons les définitions les plus pertinentes et les plus utiles pour notre développement.

¹ Contrat France-net, page 2, Lamy droit de l'informatique, 1997.

² Proposition française présentée à l'ensemble des partenaires de L'OCDE, à Séoul, le 3 octobre 1996, pour une charte de coopération internationale sur Internet.

La première définition retenue est celle de l'Association Française des Professionnels de l'Internet (l'AFPI) donnée dans un communiqué de presse le 15 octobre 1996 :

"Les hébergeurs de services Internet accueillent sur leurs machines les œuvres, les messages des auteurs dans le cadre d'un contrat, qui les rendent disponibles sur le réseau grâce à des moyens techniques dont ils disposent".

La seconde définition qui regroupe des notions plus juridiques est celle d'Olivier ITEANU :

"Le contrat d'hébergement est un contrat de prestations de services par lequel le prestataire (l'hébergeur), met à la disposition de son abonné (l'hébergé) une partie des ressources de ses machines espaces disques durs et capacité de traitement en temps machine".

Il est vrai que la relation hébergeur/hébergé est souvent régie par un contrat qui permet d'établir une sécurité juridique pour les deux parties.

En effet, les grandes sociétés d'hébergement telles que France-Télécom Hébergement, ou encore Hébergement FranceNet, cette dernière héberge d'ailleurs Coca Cola, Lancôme, ou encore la Redoute et Rhône-Poulenc, concluent des contrats afin de garantir les respects des obligations nées de ce contrat.

Or, dans la pratique, les contrats d'hébergement ne sont pas souvent conclus, surtout lorsque l'hébergeur met à la disposition de l'éditeur de site un espace gratuit. Dans ce cas précis, l'éditeur choisit "on line" son hébergeur, remplit un petit formulaire qui n'est pas réellement considéré comme un contrat, car l'on peut donner un pseudonyme ce qui ne permet pas l'identification directe de l'éditeur. L'éditeur accepte le nombre d'octets qui lui est proposé, l'éditeur transfère les pages de son site et il est hébergé. Cette formule permet donc à des particuliers qui utilisent le net comme un moyen d'expression, ils peuvent ainsi sans, obligatoirement, avoir un objectif commercial, diffuser les informations qu'ils souhaitent. Attention, diffuser les informations qu'ils souhaitent ne signifie pas toutes les informations et surtout pas les informations qui portent préjudice à autrui. Cependant cette question sera débattue dans la deuxième partie concernant la responsabilité des hébergeurs en matière de diffusion de sites au contenu illicites.

Après avoir établi la définition juridique du contrat d'hébergement et son objet, la mise à disposition d'un espace, il est nécessaire de définir avec la plus grande précision les conditions techniques d'hébergement.

II : Définition technique

La qualité du support technique s'apprécie à travers l'ensemble des moyens techniques utilisés par les hébergeurs. C'est ainsi qu'il est indispensable de définir la complexité des termes techniques employés pour situer le contrat d'hébergement de site web. De plus, nous nous attacherons à la description technique et humaine de l'hébergement de site web, qui permet de faire passer l'information de l'auteur du site

à l'utilisateur à travers le réseau Internet, nous établirons réellement le rôle de l'hébergeur et sa place au sein des intermédiaires techniques.

A : Définition des principaux termes

La bande passante, est la largeur du tuyau par lequel l'hébergeur est connecté au réseau Internet. Plus sa capacité est grande, plus le transfert entre le serveur et l'ensemble des utilisateurs du site web recherché³ est rapide. Mais attention, il faut distinguer les différentes façon de définir la bande passante. En effet, chaque hébergeur est raccordé à Internet par un ou plusieurs liens fixes. Chaque lien a une capacité physique mesurée en Mégabits (Millions de bits / par seconde), mais l'hébergeur ne loue seulement qu'une partie de cette bande passante.

C'est ainsi que les hébergeurs parlent souvent d'une bande passante de 100 Mégabits (la capacité totale du lien) alors qu'ils ne disposent en réalité que d'une capacité de transfert limitée par leur contrat qui équivaut en moyenne à 64 Kbits (64 mille bits / seconde).

Selon Jean Christophe Cousin, responsable marketing de France Télécom Hébergement, la bande passante doit être "surdimensionnée", en effet, France Télécom hébergement n'utilise que 25% de ses capacités mais un rapport supplémentaire de 50% reste acceptable à condition que l'hébergeur soit en mesure de faire évoluer rapidement les liaisons en fonction des besoins des éditeurs de sites hébergés⁴.

Des procédés sont utilisés pour pouvoir mesurer la capacité de la bande passante dont dispose un hébergeur, selon Gabrielle Thévenot, représentant la société Internet-Fr, la meilleure façon étant de procéder à des transferts de fichiers importants à plusieurs reprises, à différents moments de la journée, du soir et de la nuit et à partir de plusieurs fournisseurs d'accès. C'est ainsi, dit-elle, que Internet-Fr augmente la bande passante disponible entre leur serveur et le reste d'Internet chaque fois que le taux d'utilisation dépasse 75%⁵.

Par conséquent, il suffit à l'hébergeur, pour garantir un service optimal à ses clients hébergés, que la bande passante soit le moins saturée possible.

La rapidité d'un hébergement de site est aussi influencée par l'endroit où est raccordé le lien de l'hébergeur et plus précisément le nombre de **routeurs** (nœuds de connexion) entre l'hébergeur et l'utilisateur. C'est ainsi qu'Internet est organisé autour de plusieurs **backbone**.(épine dorsale). Il s'agit des liaisons haut débit que doit posséder l'hébergeur, sur celles-ci sont raccordés les principaux fournisseurs d'accès, par conséquent plus proche du backbone est le raccordement de l'hébergeur, plus il payera cher et plus rapide sera l'accès au serveur.

Les serveurs, sont les machines dont disposent les hébergeurs afin de pouvoir stockés l'ensemble des sites qui leurs sont confiés, c'est sur ces serveurs que les

³ Définition retenue par l'hébergeur VIP: <http://.www.vip.fr>.

⁴ Propos recueillis dans le magazine Netsurf n° 37, avril 1999, page 45, "un toit pour votre site".

⁵ Propos recueillis dans le magazine Netsurf n°37, avril 1999, page 46, "un toit pour votre site".

hébergeurs bénéficient de l'espace qu'ils mettent à disposition des hébergés. La plupart des serveurs sont équipés soit du logiciel d'exploitation Windows NT ou Unix. Sur un hébergement Unix il est tout a fait possible d'installer des pages HTML, des Applets Java, du javascript, des images.

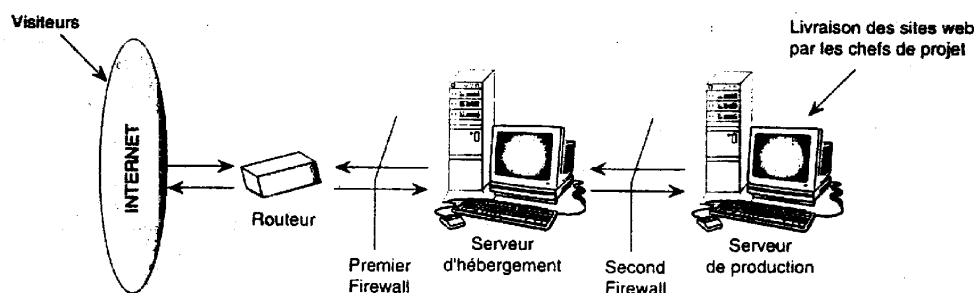
Par exemple, Internet-Fr, dispose de la configuration suivante : bi-processeur pentium II 400 Mhz avec 512 Mo de Ram et 4 disques 9 Go scsi en miroir (système de transfert de données)⁶.

L'hébergeur doit également être en mesure de proposer des logiciels qui suivent l'évolution du marché.

B : La description technique et humaine de l'hébergement de site web

1) Equipement et configuration technique de l'hébergeur.

Le mécanisme de l'hébergement est relativement complexe, le présent schéma va permettre de visualiser la structure et le matériel dont dispose l'hébergeur⁷.



Explication du schéma

Le serveur de production recueille les fichiers correspondant aux sites (pages web, fichiers, images, son, vidéo....). Cependant, cette machine n'est pas directement reliée à Internet, elle est reliée à une seconde machine, absolument comparable, par une ligne interne à l'entreprise.

Ensuite, le serveur de production envoie l'ensemble des ses fichiers sur **le serveur d'hébergement**, pour que ce dernier les mette à disposition sur le réseau Internet.

Pendant le transfert des fichiers, le serveur de production est protégé par **un logiciel particulier appelé "firewall"**, qui filtre les accès.

Puis, les messages parviennent sur le réseau par l'intermédiaire du **routeur** qui les "qualifie" afin qu'ils atteignent leur destination précise.

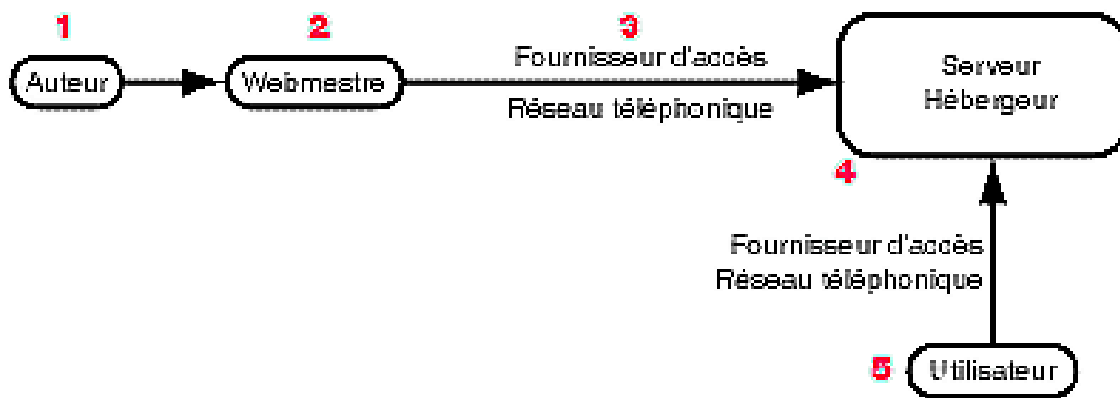
⁶ Netsurf n°37, avril 1999, page 48, "un toit pour votre site".

⁷ V. Reboul P., Xardel D., le Commerce Electronique, éditions Eyrolles, 1997, page 68.

Comme nous l'avons vu précédemment les serveurs sont essentiellement équipés par des systèmes d'exploitation Unix ou Windows NT mais aussi d'un "logiciel http" qui recueille les pages web, ainsi que de ce qui est appelé le "community system" qui gère les mail, les forums, et les newsgroups et éventuellement "un proxy" qui permet un accès plus rapide à l'utilisateur grâce à l'apparition immédiate des principales interfaces des sites enregistrés et répertoriés sur ce serveur.

2) Description de la chaîne humaine déterminant la place et le rôle de l'hébergeur

A travers le schéma ci dessous nous obtenons des éléments essentiels qui nous permettent de situer l'intervention de l'hébergeur dans la diffusion de l'information de l'auteur vers l'utilisateur⁸.



1) En premier lieu on trouve **l'auteur de l'information**.

L'auteur peut être un particulier qui décide de faire partager ses passions ou qui souhaite utiliser le net pour, par exemple, diffuser son CV, et aura décider de créer son site grâce à des logiciels type "frontpage" ou "webexpert"

L'auteur peut aussi être une entreprise qui diffusera de l'information dans un but commercial et publicitaire.

L'information diffusée peut être de l'image, du son, de la vidéo, des photographies, des tableaux de maîtres, des icônes, texte, etc. De plus, l'auteur du site peut même ne pas disposer d'un ordinateur, et fournir à l'hébergeur un article sous forme papier. Cependant, cela ne relève plus de l'étude du contrat d'hébergement mais du contrat de réalisation de site Internet.

2) En second lieu, on trouve **le webmestre** (ou webmaster en anglais).

⁸ V schéma illustré sur le site, www.defaite-internet.fr, site créée après le jugement Altern / Estelle Halliday défavorable pour l'ensemble des hébergeurs, ce site a été crée dans le but de défendre les hébergeurs prônant la liberté d'expression sur le réseau Internet.

Le webmestre est celui qui permet d'organiser l'information fournie par l'auteur. Il transforme cette information en une série de fichiers informatiques, afin qu'elle soit reconnue par la machine.

Notons que la plupart du temps, pour les petits sites amateurs, le webmestre et l'auteur sont la même personne.

3) Une fois l'information installée sur un des serveurs du webmestre, ce dernier transfère les données depuis son ordinateur muni **d'un modem et accède aux lignes des réseaux téléphoniques** par l'intermédiaire **d'un fournisseur d'accès**.

4) Enfin **l'hébergeur reçoit et stocke les fichiers**⁹. Le serveur de l'hébergeur est une machine qui doit être reliée en permanence et accessible par tous, à la différence du webmestre. L'hébergeur stocke en général plusieurs dizaines de milliers de sites.

5) **L'utilisateur**, depuis son ordinateur, en passant à nouveau par des lignes téléphoniques via un fournisseur d'accès (qui de plus en plus offre des prestations gratuites), **se connecte sur le serveur** de l'hébergeur grâce au nom de domaine attribué à l'auteur du site ce qui lui permet de récupérer les fichiers et informations dont il a besoin.

§2 : Les difficultés tenant à la prestation caractéristique du contrat

A travers l'étude des différents contrats d'hébergement sur lesquels nous nous sommes penchés, nous avons remarqué la difficulté d'établir la véritable prestation caractéristique tant les stipulations varient en fonction des clients hébergés, et en fonction du type d'hébergeurs.

C'est ainsi qu'il est nécessaire de replacer la véritable prestation caractéristique du contrat d'hébergement, qui est exclusivement à la charge de l'hébergeur, pour ensuite dresser une liste des prestations accessoires que les hébergeurs offrent afin d'être en parfaite adéquation avec les besoins du marché actuel.

⁹ Dans leurs moyens de défense les hébergeurs arguent que cette réception des fichiers se faisant automatiquement ils n'ont aucun moyen de contrôle sur le contenu des sites, par conséquent ils n'ont pas les moyens de vérifier la licéité ou l'illégalité d'un site.(cf. infra : les moyens de défense des hébergeurs p 36).

I : La prestation principale de l'hébergeur

En vertu de l'article 2 du contrat d'hébergement FranceNet¹⁰, on peut se permettre de dire que la prestation principale de l'hébergeur est d'installer et de configurer sur ses machines le site web de la personne avec laquelle il conclut le contrat, en fonction des spécifications stipulées au contrat¹¹, et après avoir déterminé l'adresse Internet (nom de domaine du site web) exacte qu'il va héberger.

Cependant, l'hébergeur, en corrélation avec la mise à disposition d'un espace sur lequel il stocke les informations du site web hébergé, assure à l'hébergé de lui fournir un accès protégé grâce à la mise en place d'un mot de passe afin d'accéder à la zone réservée au site web.

La mise en place de ce code d'accès fait partie intégrante de la prestation principale de l'hébergeur, car cela permet à l'hébergé d'avoir accès directement aux statistiques de base de consultation de son site. Par conséquent, cela permet à l'hébergé d'avoir les indications suivantes relatives à l'hébergement de son site tel que le volume de trafic en octet transférés, le nombre de documents téléchargés sur le site, le nombre de machine s'étant connectées au site.

Sur ce dernier point, il est intéressant de faire un rapprochement avec le développement que nous ferons dans la deuxième partie de notre étude concernant la responsabilité des hébergeurs. En effet les hébergeurs arguent, lorsqu'il leur a été reproché d'avoir diffusé un site comportant un contenu illicite, de ne pas avoir la possibilité humaine mais aussi technique de vérifier le contenu des sites, ainsi que le nombre de machines connectées sur le site en question et aussi le nombre de documents téléchargés. C'est ainsi que l'on peut, peut-être, dire que la défense des hébergeurs n'est pas toujours fondée car, ils proposent eux-mêmes à leurs hébergés un accès aux chiffres concernant la consultation de leur site, chiffres qui sont parfois des indicateurs établissant une consultation fréquente, ce qui peut signifier qu'un site comporte des éléments illicites portant atteinte aux droits d'autrui.¹²

Tous les éléments établis précédemment constituent la prestation principale de l'hébergeur, cependant d'autres éléments sont plus difficiles à faire rentrer dans la prestation principale de l'hébergeur.

En effet, la mise à jour du site fait-elle partie de la prestation principale de l'hébergeur, est-elle liée à l'installation du site sur les machines de l'hébergeur? Au regard des différents contrats d'hébergement étudiés¹³, il s'avère que les hébergeurs incluent dans leur prestation principale la mise à jour du site hébergé. La mise à jour consiste essentiellement à procéder au rodage et au test de bon fonctionnement du site web, et dans la plupart des cas à la réactualisation du site par l'hébergeur sans que l'auteur du site ait à faire une quelconque manipulation technique.

¹⁰ Lamy droit de l'informatique, Novembre 1997, Contrats pratiqués sur Internet, Formulaire III-161, page 2, voir annexe du présent mémoire.

¹¹ L'hébergeur pourra installer et configurer :

- 1) les pages du sites web,
- 2) les éléments graphiques (textes, dessins, icônes images, photos, tableaux),
- 3) les composantes logicielles, le composantes multimédia et bases de données.

¹² Voir les autres arguments de défense des hébergeurs pour s'exonérer de leur responsabilité, page 39 , du présent mémoire.

¹³ Voir les contrats en annexe.

Si l'on a pu déterminer la prestation principale du contrat d'hébergement qui est à la charge de l'hébergeur, il s'avère que d'autres prestations viennent s'ajouter afin de permettre à l'hébergeur de garantir un service optimale aux clients qui les ont choisi.

II : Les prestations accessoires

Concernant les prestations accessoires au contrat d'hébergement, elles sont différentes en fonction des stipulations contractuelles prévues par les parties au contrat.

En effet, la signature d'un contrat d'hébergement ne signifie pas toujours que l'hébergé va bénéficier d'une connexion à Internet. Sur ce point la stratégie des hébergeurs varie. Certains dissocient complètement les deux¹⁴, en précisant que les hébergés doivent naturellement disposer d'une connexion à Internet, c'est à dire d'une connexion, pour pouvoir consulter leur propre site. Par contre, d'autres hébergeurs préfèrent inclure dans leurs prestations, l'accès du site hébergé à travers leurs propres liaisons Internet¹⁵, c'est souvent le cas lorsque l'hébergeur est aussi fournisseur d'accès¹⁶.

De plus, les hébergeurs proposent souvent aux hébergés de leur fournir une adresse E-mail, dans ce cas précis il leur réserve une place dédiée pour leur boîte aux lettres électronique. Dans ce cas précis, selon Gabrielle Thévenot¹⁷, "l'hébergeur doit proposer un espace E-mail garanti, une interface d'administration et la consultation sur le web des comptes Pop3, Auto Répondeurs. L'interface doit rester compatible avec les principaux logiciels du marché."

Pour être performant et compétitif les hébergeurs doivent fournir une assistance à leurs hébergés, la "Hotline.". L'assistance par téléphone, fax et E-mail, doivent être disponibles chaque jour, à des horaires fixés de manière très large tel que de 8 heures 30 à 19 heures. D'autres contrats proposent des intervention possibles 24 heures sur 24. Selon les contrats cette assistance est gratuite ou payante. En vertu des contrats étudiés, la plupart des hébergés bénéficient d'une assistance gratuite¹⁸ par courrier électronique ou par téléphone concernant l'utilisation et la mise à jour de leur site¹⁹.

Enfin, les hébergeurs s'engagent souvent à enregistrer, au nom du client, les noms de domaine choisis par eux, auprès de l'organisme responsable. Selon les besoins de l'hébergé le dépôt de nom ne sera pas indispensable. En effet, si le client souhaite simplement être présent sur le web, le client ne déposera pas de nom et

¹⁴ Voir Le contrat d'hébergement CMI-ViSavoy, annexe n° 8.

¹⁵ Voir Article 2 1 in fine du contrat FranceNet inséré en annexe du présent mémoire.

¹⁶ En effet, France Télécom Hébergement, qui est aussi fournisseur d'accès proposent à ses clients d'être hébergés sur ses propres lignes. cf. <http://www.ftn.net>.

¹⁷ Netsurf n° 37, . avril 1999, page 48, "un toit pour votre site".

¹⁸ <http://www.archisoft.ch> ou <http://www.rapidsite.fr> propose des formules d'assistance gratuite , ils assurent à leurs futurs clients de trouver rapidement une réponse adéquate à toutes questions. Pour cela il offre un support technique en français, une réponse par e-mail, par fax ou par téléphone, un seul interlocuteur connaît le site et les besoins des hébergés, et assurent la présence d'une équipe formée face à tous problèmes d'Internet.

¹⁹ Voir le contrat d'hébergement CMI-Vi Savoy annexe n° 7 et le contrat d'hébergement jurifax, article 4.03.g)

sera hébergé sous le nom du serveur d'hébergement, ex : **NOM DE L'HEBERGE.SITE HEBRGEUR.FR.COM.**

Par contre si l'hébergé veut affirmer sa présence sur le web en voulant, par exemple, faire du commerce électronique pour développer ses services à travers le net, l'hébergeur pourra lui-même enregistrer le nom de son client comme il suit, ex : **NOM DE L'HEBERGE.COM**

Toutes ces prestations sont donc véritablement accessoires et varient en fonction des choix exprimés par les clients qui souhaitent héberger leur site web. Cependant se pose un problème concernant la qualification du contrat d'hébergement par rapport à la prestation principale du contrat et à toutes ces prestations qui peuvent venir se rajouter.

C'est pour cela que nous allons étudier la qualification juridique du contrat d'hébergement dans une section 2.

Section 2: La qualification du contrat

La qualification de ce contrat n'est pas simple, en effet, elle peut varier en fonction de la prestation à laquelle est soumise l'hébergeur corrélativement aux stipulations prévues dans le contrat. La question qui se pose ici est de savoir si le contrat d'hébergement rentre dans la catégorie des contrats nommés, tel que le contrat de louage de choses (le bail) ou tel que le contrat de louage d'ouvrage appelé plus communément, le contrat d'entreprise.

Par conséquent, il s'avère que le contrat d'hébergement peut revêtir des qualifications différentes en fonction des services rendues par l'intermédiaire technique qu'est l'hébergeur, cependant pour poursuivre notre étude nous serons obligés de s'attarder sur la qualification retenue par les auteurs et la jurisprudence, ce qui engendre des conséquences juridiques propres au contrat d'hébergement.

§1 : Les qualifications possibles

Seules deux qualifications possibles ont retenu notre attention.

I : Un contrat de louage de choses ?

En vertu de l'article 1709 du code civil, "***le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps moyennant un prix que celle-ci s'oblige de lui payer***".

L'article 1713 du code civil rajoute que "***l'on peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles***".

Dans le cadre de notre contrat on peut dire que l'hébergeur permet à l'hébergé de jouir de l'espace dont il dispose sur ses machines. Par conséquent, la qualification de contrat de louage de choses semble envisageable dans la mesure où le prestataire autorise un client à avoir accès à ses machines, dont il conserve la propriété et dans la mesure où les prestations techniques supplémentaires ont un caractère accessoire.

Comme le bailleur, le prestataire se dépossède-t-il pour autant de ses machines? En apparence la réponse est négative, dans ce sens que l'hébergeur conserve dans sa salle informatique les machines mises à disposition, mais cependant comme l'avance Olivier ITEANU²⁰, le prestataire, certes, ne se dépossède pas matériellement de ses machines mais il se dépossède des ressources machine mise à disposition.

Conformément à cette qualification, les contrats d'hébergement entre les parties devraient toujours être conclus à titre onéreux.

Cependant, il s'avère que dans la pratique beaucoup de contrat d'hébergement sont conclus à titre gratuit²¹, c'est à dire que l'hébergeur met les ressources de ses machines gratuitement, il se rémunère souvent en affichant de la publicité.

Dans ce cas précis, le contrat d'hébergement ne peut pas revêtir la qualification de contrat de louage de choses, mais de commodat ou de prêt à usage, "**dans lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi**"(article 1875 du code civil), cependant cette distinction ne modifie pas le régime applicable au contrat d'hébergement que nous serons amenés à étudier dans la deuxième partie de ce présent mémoire, et en l'état actuel des offres proposées, beaucoup d'hébergements gratuits disparaissent, ceci est peut-être dû aux diverses condamnations en justice des hébergeurs gratuits.

Le contrat d'hébergement peut donc être qualifié de louage de choses dans la mesure où la prestation principale de l'hébergeur subsiste, cependant les prestations accessoires ne sont-elles pas parfois plus importantes, que la simple location des ressources d'une machine? Ceci entraînerait à modifier la qualification du contrat d'hébergement et la ramènerait à la qualification de contrat d'entreprise.

II : Un contrat d'entreprise ?

En vertu de l'article 1710 du code civil, le contrat d'entreprise est : "**le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles**".

Concernant le contrat d'hébergement cette définition semble "accueillante".

En effet, lorsque le prestataire-hébergeur s'engage dans le cadre du contrat à rendre plusieurs services tels que l'assistance en cas de problème pour gérer le site,

²⁰ Aspects juridiques du commerce électronique, Olivier ITEANU, Droit et Patrimoine, n° 55, décembre 1997, page 53.

²¹ par exemple :alter.org ou multmania.fr sont des hébergeurs à titre gratuit.

l'enregistrement du nom de domaine, ou encore la maintenance d'une boîte aux lettres électronique, tous ces services servent de cadre à l'activité des entreprises de services que peuvent être les hébergeurs.

Au regard de l'évolution des offres d'hébergement proposées à l'heure actuelle sur le marché²², les hébergeurs permettent la diffusion de sites reposant sur des techniques hautement avancées, les sites vitrines avec des pages statiques ne sont plus exploités. Aujourd'hui, beaucoup de sites haut de gamme sont proposés avec la possibilité de tracer le parcours de l'utilisateur, de faire du commerce électronique avec suivi des commandes, gestion des envois, des stocks et des fournisseurs. FranceNet ne propose pas de formules aux entreprises, mais offre des hébergements en fonction de la stratégie et du fonctionnement de l'entreprise qui souhaite être hébergée. Par conséquent, les hébergeurs recherchent les besoins des entreprises et leur proposent des services qui sont en adéquation avec leurs attentes.

Dans le cas où la prestation caractéristique excède la simple mise à disposition de l'espace géré par le prestataire technique, le contrat d'hébergement de site web pourra être qualifié de contrat d'entreprise.

Après avoir déterminé qu'il était possible de donner divers qualifications nous allons préciser laquelle est actuellement retenue.

§2 : La qualification retenue

A travers le développement qui va suivre nous allons donner le point de vue de la doctrine et de la jurisprudence, pour ensuite voir les répercussions que cela va entraîner pour la rédaction des prochains contrats.

I : La qualification retenue par la doctrine

Frédérique OLIVIER et Eric BARBRY²³, estiment que les dispositifs contractuels relatifs à la communication du produit multimédia sur le réseau Internet revêtent la qualification du contrat d'entreprise.

Ils affirment que les contrats permettant les opérations de stockage et de maintenance appelés hébergement, ont pour objet la mise à disposition du multimédia de réseau, qu'ils sont par conséquent des contrats par lesquels un prestataire s'engage à fournir un service technique caractéristique du contrat d'entreprise²⁴.

²² Voir, Netsurf, n° 37, avril 1999, "un toit pour votre site", page 42.

²³ Frédérique OLIVIER et Eric BARBRY, "Les contrats entre les différents acteurs du multimédia en ligne", Légicom n° 12, avril, mai, juin, 1996 - 55.

²⁴ Les contrat entre les différents acteurs du multimédia en ligne, page58, précité.

Leur raisonnement est viable, dans la mesure où ils estiment que la maintenance du site, que nous, nous avons classé dans les prestations accessoires du contrat, eux l'englobent avec la mise à disposition des ressources machines (mise en place de code d'accès et mise à jour), cependant la maintenance (ou l'assistance) du site est un service que l'hébergeur s'engage ou non à rendre en vertu du contrat. Selon notre développement, cette prestation n'est qu'accessoire et ne doit pas rentrer dans la prestation principale du contrat d'hébergement.

C'est ainsi que nous retiendrons la qualification proposée par Olivier ITEANU²⁵, dans la mesure où le prestataire autorise un client à avoir accès à ses machines dont il conserve la propriété et dans la mesure où les prestations techniques ont un caractère accessoire, la qualification adéquate nous paraît être celle de contrat de louage de choses rattachable à l'article 1713 du code civil. D'autant que le prestataire se dépossède des ressources de ses machines mises à disposition, comme le fait le bailleur lorsqu'il se dépossède de la chose qu'il loue. Thibault VERBIEST, avocat bruxellois, estime que l'hébergeur agit comme "un bailleur" : il loue un emplacement sur le web où "le locataire", pourra publier "ce qu'il veut"²⁶.

II : La qualification retenue par la jurisprudence

Les tribunaux ne se sont jamais prononcés de manière dogmatique sur la qualification du contrat d'hébergement. Ceci est certainement dû, au fait que la question ne leur a jamais été franchement posée.

Cependant lorsque, dernièrement, les tribunaux rendent des décisions concernant la responsabilité ou non des hébergeurs²⁷, ils retiennent qu'en mettant à disposition du public ou de catégories de publics, des signes, des écrits, des images, du son, ou des messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, les hébergeurs excèdent manifestement le rôle d'un simple transmetteur d'informations²⁸. La cour a ici engagé la responsabilité de l'hébergeur, mais elle affirme que l'hébergeur a bien une mission de mise à disposition d'information grâce aux moyens techniques dont il est propriétaire.

En anticipant sur notre deuxième partie, en retenant la qualification de contrat de louage de chose, si le preneur-hébergé fait un usage illicite des ressources des machines qui sont mises à sa disposition, le bailleur-hébergeur ne devrait normalement pas voir sa responsabilité engagée, car il n'a plus la garde et la jouissance du bien loué. Cependant nous verrons que, se fonder sur les règles juridiques régissant le louage de choses n'est pas si simple car en l'espèce l'hébergeur conserve un grand nombre de moyens pour éviter que des sites au contenu illicite soient diffusés²⁹.

²⁵ Les aspects du commerce électronique, page 53, précité.

²⁶ Voir cependant, infra, le respect des droits des tiers, les informations diffusées ne doivent pas porter atteinte au droit des tiers.

²⁷ Voir les décisions exposées dans la deuxième partie de ce mémoire.

²⁸ Dispositif de la cour d'appel de Paris le 10 février 1999, Altern/ Estelle HALLYDAY.

²⁹ Voir infra les développements relatifs à la responsabilité des hébergeurs.

En l'état actuel des choses, seule une partie de la doctrine s'est prononcée sur la qualification du contrat d'hébergement.

C'est ainsi que l'on est en droit d'attendre, dans le cadre du réseau Internet et avec tous les problèmes des hébergeurs, que les tribunaux, ainsi que le législateur, se prononcent sur la qualification de ce contrat. Ceci afin d'éviter qu'on lui donne une qualification sui generis qui n'est pas toujours très appréciée des juristes, car elle est incertaine quant à l'application du régime juridique attribué à ce type de contrats.

Chapitre 2 : Les conséquences de la particularité de l'objet du contrat d'hébergement pour les parties

La particularité de l'objet du contrat d'hébergement va, en effet, entraîner la rencontre de dispositions particulières relatives aussi bien à la mise en place qu'à l'exécution du contrat. Le but de ce second chapitre a une vocation beaucoup plus pratique, il faut donc le voir comme un ensemble de conseils nécessaires pour que la relation contractuelle entre l'hébergeur et l'hébergé se déroule le mieux possible et qu'elle soit la plus adaptée aux besoins et attentes de chaque partie.

Section 1 : Les dispositions particulières relatives à la mise en place du contrat

Dans cette section nous nous attarderons de manière plus précise sur les modalités qui vont pousser les parties à contracter ensemble.

C'est ainsi que nous déterminerons la qualité des parties dans un premier paragraphe, pour ensuite voir sur quels éléments on doit se baser pour fixer le prix et les modalités de règlements de la prestation fournie par l'hébergeur.

§1 : Détermination de la qualité des parties

Comme il a été précisé précédemment³⁰, nous sommes en présence de deux contractants, le premier étant l'intermédiaire technique, "**l'hébergeur**", et l'autre le client qui souhaite bénéficier d'un hébergement, "**l'hébergé**".

Comme nous les avons déjà définis, ce qui nous intéresse désormais est de savoir les critères déterminant le choix d'un hébergeur par rapport à un autre. Et, surtout, avec le problème de la dimension internationale que revêt le réseau Internet, il faut tenir compte de la localisation de l'hébergeur. Cependant l'étude du contrat d'hébergement impose aussi, l'étude de la détermination des titulaires des droits et des "choses" présentes dans le contrat d'hébergement.

³⁰ Voir page 9 du présent mémoire.

I : L'hébergé, l'hébergeur

A : Les motivations de l'hébergé

Lorsqu'un particulier ou une entreprise décide de diffuser sur le réseau Internet l'ensemble des informations la concernant, une fois son site créé le plus difficile est de trouver un toit pour leur création³¹. C'est ainsi que le futur hébergé doit bien choisir son hébergeur en fonction de ses besoins mais aussi en fonction des offres et des capacités techniques des hébergeurs.

1) Choix en fonction des besoins de l'hébergé

En fonction de ses besoins, une société qui souhaite se lancer dans du commerce électronique devra, par conséquent, éviter les hébergeurs gratuits qui n'offrent que très peu de place sur leurs machines, d'ailleurs la plupart des hébergeurs gratuits refusent presque toujours les sites à vocation commerciale. Par conséquent, l'hébergé devra toujours, pour bénéficier d'un espace, payer l'hébergeur pour la prestation rendue³².

C'est ainsi que les hébergeurs adoptent des stratégies différentes, pour séduire leurs futurs clients.

Par exemple : la société CMI-Savoie³³, propose différentes formules.

Formule "Promoweb", hébergement pour être présent sur le net, hébergement gratuit sans dépôt de nom de domaine.(1Mo d'espace disque, 20 pages web textes, images sons)

Formule "Evolution", formule économique pour démarrer.(1Mo d'espace disque, 20 pages web textes, images sons, 1 compte messagerie)

Formule "Découverte", pour se faire connaître.

Formule "Vitrine", dans laquelle, on peut héberger jusqu'à 140 pages.

Formule " Entreprise", pour les P.M.E / P.M.I.

A la différence de cette société d'hébergement, FranceNet, ne propose pas de formule mais une offre "*Lego*" en fonction de la stratégie que l'entreprise souhaite avoir sur le net et selon son fonctionnement.

C'est pour cela que le futur hébergé doit s'assurer que son site sera continuellement diffusé et accessible sur le net, d'où la nécessité de s'assurer que le site puisse être disponible à 100%. Par conséquent, choisir un hébergeur qui dispose de moyens techniques permettant cette disponibilité.

Selon Anwar DAHAB³⁴, directeur adjoint de FranceNet, l'hébergeur doit assurer cette disponibilité aux entreprises hébergées, à défaut cela peut avoir des conséquences

³¹ "Un toit pour votre site" Netsurf, page 37, précité.

³² Voir § 2 le prix dans le contrat d'hébergement..

³³ Voir contrat en annexe.

économiques graves pour ces dernières. Par exemple, si l'infrastructure de la Redoute est indisponible pendant trente minutes c'est plusieurs milliers de francs de chiffre d'affaires de manque à gagner.

2) Choix en fonction des critères techniques de l'hébergeur

Le choix de l'hébergeur se fera en fonction de plusieurs critères techniques. Les critères d'un bon hébergement pour un futur site sont, tout d'abord, la fiabilité des hébergements offerts, cette fiabilité est influencée par la qualité des ingénieurs qui maintiennent les serveurs, les versions des logiciels utilisés, la performance du matériel informatique et les systèmes de sauvegarde³⁵.

Concernant la qualité des ingénieurs, rien ne peut garantir à un hébergé que la personne avec qui il contracte soit un bon choix. En effet, si on choisit un plombier rien ne prouve au premier abord qu'il soit meilleur ou moins bon qu'un autre.

Cependant, d'autres critères de sélection sont plus fiables.

Tous les moyens techniques utilisés par l'hébergeur permettent de faire un choix.

Par conséquent ce qui doit motiver un client, futur hébergé, est la taille de la bande passante, le point de raccordement à Internet, la puissance des machines, le nombre d'autres sites hébergés sur ces machines, la capacité et la vitesse des disques durs. Tous ces paramètres sont autant d'éléments qui doivent être pris en compte, pour assurer à l'hébergé un service optimal.

Pour ce qui est des systèmes de sauvegarde, l'hébergement des sites doit s'effectuer en toute sécurité, il est évident que les centres serveurs qui hébergent les sites des clients doivent être protégés. Ainsi, l'ensemble des hébergeurs assurent leur principale prestation en toute sécurité.

Les données sensibles et confidentielles contenues dans les sites doivent être protégées.

FranceNet, propose une architecture capable de protéger, à différents niveaux d'exigence, les données et les applications de l'entreprise hébergée, plusieurs niveaux de firewalls, tests d'intrusion, protection physique des machines³⁶.

Gabrielle Thévenot, responsable marketing, de la société Internet-Fr, assure à l'ensemble des hébergés, que sa société exécute sa prestation principale dans une salle informatique climatisée, ondulée, sécurisée et surveillée 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Internet-Fr garantit d'intervention en cinq minutes. C'est d'ailleurs pour cela que l'alimentation générée par l'ensemble des équipements de régulation et de sécurisation électriques élimine les risques d'interruption extérieure : sauts de tension, variations de puissances.

³⁴ "Un toit pour votre site" Netsurf, page 44, précité.

³⁵ Consulter : <http://www.vip.fr> .

³⁶ Consulter : <http://www.francenet.fr> une sécurité standard n'est pas la sécurité.

B : Lieu d'hébergement

Choisir son lieu d'hébergement c'est choisir les conséquences techniques et juridiques qui en découlent. C'est ainsi que certains démontrent l'intérêt de choisir son lieu d'hébergement en France alors que d'autres vantent les mérites d'un hébergement à l'étranger. Par conséquent, quelle est la loi applicable en cas de conflit, que conseiller à l'hébergé pour lui garantir le moins de problèmes possible? Où héberger son site web est la question qui nous vient à l'esprit, c'est ainsi que nous verrons les arguments favorables à l'hébergement de son site en France pour des raisons techniques mais aussi juridiques.

1) Les raisons techniques.

Microsoft et Netscape ont trouvé la réponse, ils disposent de plusieurs sites identiques aux Etats-Unis et en Europe.

Un site web rapide et performant doit se trouver le plus proche de sa cible.

Comme pour Microsoft et Netscape la cible est mondiale, ils ont des copies de leurs sites d'origine qu'ils hébergent à la fois à Paris, et aux Etats-Unis afin de servir à la fois la clientèle française et la clientèle américaine.

Cependant, les moyens ne sont pas les mêmes pour toutes les entreprises, par conséquent, il est préférable d'héberger son unique site, à **l'endroit le plus proche de sa cible première.**

De toute évidence, la cible première des particuliers et des entreprises françaises est la France, c'est pourquoi nous leur conseillons d'héberger d'abord leur site en France, puis en Europe et enfin aux Etats-Unis.

Les défenseurs³⁷ qui prônent l'hébergement de sites en France ont plusieurs arguments.

En effet, si un site est hébergé proche de sa cible, le public français par exemple pour une entreprise française, l'accès à l'information pour les internautes sera plus rapide, ceci est une condition nécessaire quand on sait que la plupart des internautes n'aiment pas attendre trop longtemps pour obtenir les informations et si le site n'est pas rapide, le visiteur pourra trouver sans délais l'information qu'il désire sur un site concurrent beaucoup plus rapide.

Concernant la mise à jour du site, que s'engage à faire l'hébergeur, si ce dernier se trouve à l'étranger, le transfert des données sur le site hébergé à l'étranger sera parfois impossible.

D'autres arguments sont aussi à prendre en compte, en effet, comme nous l'avons dit souvent, les hébergeurs proposent un service "Hotline", si l'hébergeur est situé à l'étranger, les informations données par les techniciens risquent d'être transmises dans une langue étrangère que l'hébergé devra connaître, ou encore l'appel afin de bénéficier de l'assistance sera effectué à l'étranger aux frais de l'hébergé. Ce

³⁷ consulter <http://www.vip.fr> .

système peut donc apparaître plus coûteux et engendrer une perte de temps pour l'hébergé.

Enfin, toujours à propos de l'assistance, si le site hébergé à l'étranger tombe en panne à 14 heures, heure locale en France, et qu'avec le décalage horaire il est 3 heures du matin chez l'hébergeur, si l'assistance n'est pas assurée 24 heures sur 24 le site restera indisponible un certain temps, ce qui pourrait engendrer des conséquences fâcheuses pour le propriétaire du site.

De plus, certaines banques refusent de travailler avec des sites étrangers, et certaines solutions de commerce électronique ne fonctionnent pas avec l'étranger. Héberger son site en France, c'est aussi éviter de comptabiliser des factures dans des devises étrangères.

Au regard de ces arguments il est vrai qu'il est préférable d'héberger son site en France. Pourtant, certains prônent un hébergement des sites français à l'étranger. L'argument est ici moins technique et flatte autant le client, car il s'agit des prix³⁸ pratiqués à l'étranger.

Les coûts de raccordement à Internet sont tellement plus bas environ 40% de moins qu'en France. Selon Nick ALEXANDER³⁹, de chez Voxpop, cette différence permet aux hébergeurs, de s'offrir deux lignes distinctes et indépendantes au backbone, en cas de panne totale de l'une des lignes de leurs fournisseurs d'accès, leurs serveurs restent disponibles.

La meilleure solution, malgré la différence de prix, semble être pour l'hébergé, de choisir l'hébergement de son site en France afin d'éviter des problèmes supplémentaires, ce que l'on peut espérer pour l'avenir c'est une baisse des prix en France afin de permettre aux hébergeurs français d'être aussi compétitifs que les hébergeurs américains.

Dans ce domaine beaucoup de progrès ont été réalisés du côté des fournisseurs d'accès pour les utilisateurs. La même chose sera-t-elle faite pour les hébergeurs ?

2) Les raisons juridiques

Un site hébergé à l'étranger sera obligatoirement soumis au régime juridique en vigueur dans ce même pays. Ce qui peut poser des problèmes car les règles juridiques varient d'un pays à un autre, par conséquent les personnes qui ont leur site hébergé à l'étranger se voient appliquer une législation, qui peut lui être plus ou moins favorable.

Pour en revenir aux contenus des sites, les règles d'hébergement sont différentes aux Etats-Unis, car ils ne sanctionnent pas les mêmes infractions qu'en France au nom de la liberté d'expression prévue dans le premier amendement de leur constitution.

³⁸ Voir § 2 Le prix dans le contrat d'hébergement .

³⁹ Voir Netsurf, précité.

Cependant, héberger son site à l'étranger peut malgré tout poser des problèmes, car cela peut obliger le particulier ou l'entreprise hébergée à répondre à la fois aux contraintes imposées par la loi française mais aussi aux contraintes imposées par la loi du pays qui héberge physiquement le site.

En effet, les sites français ont comme objectif premier de viser essentiellement un public français. Si un fait dommageable ou une infraction pénale est constituée en France, la loi française à vocation à s'appliquer mais la loi du pays où est partie l'acte condamnable peut au regard des règles de droit international privé de ce pays avoir aussi vocation à s'appliquer. Héberger son site à l'étranger est donc un facteur supplémentaire de contraintes et de complications juridiques.

C'est ainsi que le contrat peut réduire ces facteurs de complication. Pour réduire les problèmes, le contrat d'hébergement doit clairement stipuler où se situe le lieu d'hébergement, ce qui garantit déjà à l'hébergé la loi applicable en cas de conflit avec son hébergeur.

Par ailleurs les parties pourront prévoir des clauses attributives de juridiction afin de déterminer le lieu et la juridiction compétente en cas de survenance d'un conflit. (attention la clause de compétence territoriale n'est valable que lorsqu'elle est apparente dans le contrat et lorsqu'elle est conclue entre commerçants, cette clause est donc exclue dans le cas d'un contrat d'hébergement par exemple entre un hébergeur (souvent société commerciale) et un cabinet d'avocats (société civile).

Pour conclure, il s'avère que la meilleure solution est d'héberger son site le plus proche de sa cible (du public visé), et d'envisager grâce au contrat un règlement extrajudiciaire des différends qui peuvent survenir lors de l'exécution du contrat.

II : Les titulaires des droits de propriété

Au regard des contrats étudiés⁴⁰, les parties ont réglé les problèmes suivants :
Concernant la propriété des logiciels et des machines.
Concernant la propriété et l'exploitation du nom de domaine.

A : Qui est propriétaire des logiciels et des machines ?

FranceNet stipule dans l'article 4 du contrat d'hébergement⁴¹ qu'elle reste propriétaire des logiciels qu'elle a développé ou mis à la disposition de la société hébergée dans le cadre du contrat conclu.

Article 6 du contrat CMI-Savoy, stipule que le fournisseur conserve la propriété du serveur web en sa qualité d'auteur (article L111-1 du code de la propriété intellectuelle) et toutes les prérogatives s'y rattachant, tels que les codes sources, accès et mot de passe. Par conséquent, l'hébergeur conserve la propriété des machines qu'il met à disposition des hébergés

⁴⁰ Voir l'ensemble des contrats en annexe.

⁴¹ Voir contrat FranceNet en annexe.

Ceci est la conclusion logique à la qualification du contrat d'hébergement en contrat de louage de chose, en qualité de bailleur, l'hébergeur conserve l'ensemble des droits de propriété, car le contrat conclu ne transfère aucun droits réels à l'hébergé.

B : Qui est propriétaire et exploite le nom de domaine ?

L'une des prestation accessoire⁴² qu'est susceptible de fournir l'hébergeur est l'enregistrement du nom de domaine auprès de l'organisme compétent.

Néanmoins, le nom de domaine, représentant la société sur le réseau Internet, reste attaché à la société pour qui il a été donné.

Par conséquent, tous les droits, titres et intérêts de propriété intellectuelle dans le nom de domaine appartiennent au client hébergé⁴³. L'hébergeur n'a donc pas le droit d'utiliser les noms de domaine des sites qu'il héberge afin par exemple de les exploiter à des fins commerciales ou d'en tirer un bénéfice publicitaire, il n'a pas le droit de les céder.

L'utilisation des noms de domaine par les hébergeurs est donc limitée à l'hébergement du site web.

§2 : Détermination du prix et des modalités de règlement

Comme il a déjà été dit précédemment, le contrat d'hébergement peut être conclu à titre gratuit ou à titre onéreux. Les hébergeurs gratuits se rémunèrent exclusivement par la publicité.

Dans ce second paragraphe nous étudierons, essentiellement, le contrat d'hébergement à titre onéreux.

I : La détermination du prix dans le contrat d'hébergement

L'hébergeur met à la disposition les ressources des ses machines moyennant un prix, convenu entre les parties. Le paiement du prix est donc une obligation à la charge de l'hébergé, en considération de la fourniture des services d'hébergement⁴⁴.

Mais comment les parties déterminent-elles ce prix ?

Les hébergeurs pratiquent leurs prix librement, cependant, les prix varient en fonction des services que comprennent les formules d'abonnement.

⁴² Voir §2-II Les prestations accessoires , du présent mémoire.

⁴³ Voir article 4.06.01 Nom de domaine, contrat jurifax, annexé au présent mémoire.

⁴⁴ Voir article 3.01 Prix, contrat jurifax, annexé au présent contrat.

Il faut que les hébergés soient, dès la conclusion du contrat, fixés sur le montant du prix qu'il ont à payer et surtout à quoi correspond le montant de la somme demandée.

Les hébergés doivent demander à l'hébergeur ce qui est réellement compris dans la formule d'hébergement. Car au delà du paiement de la mise à disposition des ressources des machines, dont le prix peut varier selon les hébergeurs⁴⁵ en fonction de l'espace disque mis à disposition, du nombre d'adresse e-mail, de l'accès FTP(File Transfert Protocole)privé pour la mise à jour du site.

L'hébergement d'un site sera plus élevé en fonction ou non des frais d'installation que l'hébergeur fera payer. Par exemple, Voxpop⁴⁶ ou Isicom⁴⁷ ne font payer aucun frais d'installation alors que Easynet⁴⁸ peut faire payer jusqu'à 1500 fr.

De plus si dans le contrat d'hébergement, l'hébergeur est chargé d'enregistrer le nom de domaine auprès de l'AFNIC/Internic, certains hébergeurs ne précisent pas qu'une fois le nom de domaine enregistré l'organisme correspondant envoie une facture à l'hébergé. Par exemple, chez Voxpop, les frais d'enregistrement sont toujours compris dans les frais d'hébergement.

De plus, certains hébergeurs font aussi payer les frais de transfert d'hébergeurs à hébergeurs c'est à dire les frais de départ mais aussi frais d'arrivée, c'est ce qui équivaut à des frais de mise en service⁴⁹.

Par conséquent conclure un contrat d'hébergement c'est aussi regarder le prix. L'étude tous ces éléments est nécessaire avant de conclure le contrat, à défaut cela peut revenir très cher à l'hébergé s'il s'est mal renseigné au préalable.

II : Les modalités de paiement du prix

Le contrat d'hébergement étant un contrat de louage de choses, il est par conséquent, à exécution continue. En générale les contrats d'hébergement sont conclus pour une durée de un an, avec une tacite reconduction.

Dans la plupart des offres étudiées, le prix est payé sous forme de loyer, après que les frais initiaux d'installation, s'il y a lieu, aient été réglés.

Ces loyers peuvent être mensualisés comme chez Internet-fr⁵⁰ (345 FHT/mois) ou France Télécom⁵¹ (1000 FHT/mois), ou bien l'hébergeur peut exiger le paiement de sa prestation tous les trois mois comme chez FranceNet (soit 75000 FHT/trimestre).

⁴⁵ Voir le tableau en annexe du présent mémoire recensant les offres détaillées de 21 hébergeurs français. On peut voir que les prix varient en fonction des services offerts par les différents hébergeurs.

⁴⁶ Consulter <http://www.vip.fr>.

⁴⁷ Consulter <http://www.isicom.fr>.

⁴⁸ Consulter <http://www.easynet.fr>.

⁴⁹ Dans ce cas précis on peut parler de migration de site web (article 4.23. du contrat jurifax), l'hébergeur doit apporter toute sa collaboration afin d'assurer une migration efficace du site vers un autre serveur web. Il ne doit pas mettre de restriction et remettre au client une liste des logiciels nécessaires au bon fonctionnement du site et qui doivent être installés sur le nouveau serveur.

⁵⁰ Consulter <http://www.internet-fr.net>.

⁵¹ Consulter <http://www.fth.net>.

Toutes ces dispositions sont suivies d'autres dispositions propres au contrat d'hébergement, il s'agit des dispositions particulières à l'exécution du contrat.

Section 2 : Les dispositions particulières relatives à l'exécution du contrat

Comme pour tous les contrats relatifs à la diffusion d'informations sur le réseau Internet, les parties sont obligées de respecter les règles d'usages en vigueur. C'est ainsi que nous étudierons les obligations nées du contrat à travers les règles imposées aux parties et les clauses insérées dans ce contrat, pour ensuite identifier les principales conséquences en cas de non respect de ces obligations.

§1 les obligations explicites nées du contrat

Les obligations explicites sont celles qui apparaissent à la lecture des différents contrats d'hébergement et qui s'imposent aux parties.

Les parties en signant le contrat d'hébergement s'engagent à respecter l'ensemble de ces dispositions obligatoires, aussi bien leurs obligations respectives que les clauses spécifiques à ce genre de contrat.

I : les obligations respectives des parties

Les obligations des parties au contrat d'hébergement ne sont pas réellement différentes des obligations principales de toute convention légalement formée.

Le contrat d'hébergement étant un contrat synallagmatique, l'hébergeur s'engage à mettre à disposition une partie des ressources de ses machines et l'hébergé s'engage à payer le prix convenu.

Cependant les obligations des parties ne se résument pas qu'aux obligations décrites ci-dessus.

Dans ce premier paragraphe nous ferons l'état des obligations de l'hébergeur et de l'hébergé.

A : Les obligations de l'hébergeur

L'hébergeur assure au client que son site web fera l'objet d'un hébergement professionnel, selon les règles reconnues par l'industrie et en fonction des spécifications prévues dans le contrat⁵².

L'hébergeur s'engage à mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour assurer le service promis au client dans les meilleures conditions. Par conséquent, l'hébergeur s'engage à faire tout son possible pour garantir la bonne exécution de

⁵² Dispositions recueillies dans le contrat d'hébergement jurifax, (article 4.03 a).

son obligation principale qui est la mise à disposition d'un espace pour stocker les informations de ses clients.

Dans ce cas précis l'hébergeur ne serait tenu que d'une obligation de moyens. Le fondement de cette obligation peut s'expliquer par le fait que l'hébergeur ne peut pas garantir une défaillance technique imprévisible ou incontrôlable de ses machines compte tenu de la complexité des systèmes utilisés. Par conséquent il est tenu, en fonction de ses compétences, d'assurer au plus vite la remise en état de son matériel⁵³.

De plus, la prestation de l'hébergeur ne dépend pas que de lui. En effet, la prestation de l'hébergeur dépend aussi du bon fonctionnement de l'ensemble du réseau et surtout aussi des fournisseurs d'accès (les "providers").

Si, par exemple, à certaines heures il y a un afflux d'utilisateurs, s'il y a un problème technique sur les lignes téléphoniques l'hébergeur ne peut pas exécuter correctement son obligation, l'hébergé ne pourra pas consulter son site, et les utilisateurs ne pourront pas y avoir accès.

S'il est n'est pas prouvé qu'il y avait une défaillance de son propre matériel et des logiciels installés sur son serveur qui ont empêché la bonne exécution de son obligation, l'hébergeur ne pourrait pas voir engager sa responsabilité contractuelle⁵⁴ pour mauvaise exécution de son obligation.

Pour finir, l'hébergeur s'engage⁵⁵ à ce que le contenu, incluant les logiciels associés au fonctionnement du serveur web et à celui du site web qu'il stocke, soit un original et que son utilisation n'enfreigne aucun droit d'auteur, de marque, et aucun autre droit de propriété intellectuelle appartenant à une personne tierce.

L'hébergeur a donc l'obligation d'utiliser des machines dont il a la propriété et qui ont été obtenu légalement, et que tous les logiciels utilisés pour le bon fonctionnement de ses serveurs soient des originaux.

De plus l'hébergeur s'engage à n'héberger que des sites qui ne portent pas atteinte aux droits des tiers, mais à travers des clauses d'irresponsabilité l'hébergeur se dégage de toute responsabilité dans les cas où un de ses hébergé souhaiterait diffuser sur le net des sites aux contenus illicites.

B : Les obligations de l'hébergé

L'hébergé a une obligation de collaboration⁵⁶, en effet, il doit apporter à l'hébergeur toute sa collaboration et lui fournir toutes les informations requises pour que ce dernier puisse assurer l'exécution de son obligation. Ceci a pour but de faciliter les relations entre les parties, car en informant au mieux l'hébergeur de ses besoins, de

⁵³ C'est ainsi que la plupart des contrats comportent une stipulation relative aux fonctionnement des serveurs "le client reconnaît expressément que dans l'état actuel de la technique, il est impossible de garantir qu'un serveur web fonctionne sans défauts, néanmoins le fournisseur s'engage à corriger les défauts à condition que ces derniers soient identifiés par le client et portés à la connaissance du fournisseur dans les 15 jours de leurs apparition" : Voir article 12 du contrat CMI-Savoy.

⁵⁴ Concernant la responsabilité contractuelle de l'hébergeur, voir, les conséquences de droit commun de la section 2 du chapitre 2 de la première partie du mémoire.

⁵⁵ Voir l'article 4.06.03 du contrat d'hébergement jurifax.

⁵⁶ Voir l'article 4.02 b).

ses intentions le poussant à diffuser ses informations sur le net, l'hébergeur fournira à son client un service optimal.

Le client doit en plus assurer la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires afin d'empêcher la divulgation non autorisée de son nom d'utilisateur et des mots de passe, lui permettant d'accéder à son site web.

Les propriétaires de sites qui souhaitent se faire héberger doivent respecter les règles en usage sur Internet. S'il n'existe pas une véritable législation régissant le réseau Internet, on ne peut pas y faire n'importe quoi sous couvert de la liberté d'expression. C'est ainsi que la plupart des contrats d'hébergement stipulent que le contenu des sites doivent respecter les droits et la propriété des tiers⁵⁷.

Le client hébergé s'engage⁵⁸ donc à respecter les lois françaises et internationales, notamment mais non exhaustivement, en matière de diffamation, d'atteinte à la vie privée, d'atteinte aux bonnes mœurs, de protection de l'enfance, de pornographie ou d'informations à caractère violent, xénophobe ou raciste. Dans ce cas précis, si un hébergé ne respecte pas ces obligations l'hébergeur ne pourrait voir sa responsabilité engagée⁵⁹. L'énoncé de ces dispositions montre que les parties au contrat d'hébergement prennent conscience des droits des tiers.

Par conséquent si l'hébergé ne respecte pas ces règles cela peut entraîner la résiliation du contrat pour mauvaise exécution d'une obligation⁶⁰, et engager la responsabilité contractuelle de l'hébergé, le condamnant à payer des dommages-intérêts à son cocontractant.

II : l'exposé des clauses spécifiques

Pour assurer une plus grande sécurité juridique, les parties au contrat stipulent des clauses spécifiques.

C'est ainsi que nous évoquerons les principales clauses recensées dans les contrats d'hébergement, et les clauses conseillées mais parfois oubliées par les parties.

A : les clauses recensées dans les contrats d'hébergement

1) La clause de confidentialité

Dans la plupart des contrats étudiés nous avons rencontré *la clause dite de confidentialité*⁶¹. Cette clause s'impose à l'une et l'autre des parties.

L'hébergeur s'engageant à reconnaître que certains éléments fournis par le client peuvent avoir pour ce dernier une importance stratégique considérable en matière des secrets commerciaux, (cependant l'hébergeur ne peut tenir secret des

⁵⁷ Voir la deuxième partie de ce présent mémoire quant à la responsabilité des hébergeurs.

⁵⁸ Voir article 9 du contrat CMI-Savoy.

⁵⁹ Voir infra les décisions des tribunaux français condamnant les hébergeurs en cas de diffusion des sites ayant des contenus illicites.

⁶⁰ Voir les conséquences en cas de non respect des obligations contractuelles entre les parties §2 de la section étudiée.

⁶¹ Voir l'article 4.08 du contrat d'hébergement jurifax.

informations qui par la suite seraient diffusées sur le site web hébergé). Ce qui paraît tout à fait logique.

D'un autre côté le client accepte que l'hébergeur puisse, malgré tout, héberger des sites web de tiers qui sont des concurrents directs, c'est pour cela qu'il s'engage à ne pas donner d'informations confidentielles.

Par conséquent, les parties au contrat d'hébergement assurent le caractère confidentiel des termes du contrat qu'ils décident de conclure et de toutes les informations obtenues dans le cadre de son application⁶².

2) La clause d'incessibilité

Compte tenu du caractère *intuitu personae* des contrats conclus entre les intermédiaires techniques et leur client, il est normal de trouver *des clauses dites d'incessibilité* dans l'ensemble des contrats étudiés.

C'est ainsi que les deux parties s'engagent à ne pas céder tout ou partie de leurs droits et obligations du contrat d'hébergement qu'elles ont signé entre elles⁶³, (sauf en cas de fusion de l'une des deux entreprises avec une autre entreprise, ou en cas de transferts de données vers une société filiale de l'une de nos parties au contrat).

3) Les autres clauses

Comme nous l'avons déjà précisé précédemment⁶⁴, les contrats d'hébergement sont souvent conclus pour une durée de un an, ce qui pousse les hébergeurs à insérer des clauses stipulant un renouvellement tacite du contrat.

Souvent les contrats stipulent des clauses d'attribution de compétence ou de juridiction.

B : les clauses conseillées aux parties

Ces clauses peuvent être conseillées pour permettre une meilleure interprétation du contrat en cas de conflit et afin de résoudre les différends sans tenter une action en justice.

1) Une clause facilitant l'interprétation du contrat

On peut conseiller au partie d'inclure *la clause dite des quatre coins*. Elle assure aux parties que le contrat d'hébergement qu'elles ont signé annule et remplace tous les accords et propositions antérieures. Cette clause a pour but d'éliminer tous les engagements précédents des parties qui pourraient avoir des conséquences juridiques pour elles.

2) Une clause tendant à organiser la résolution des problèmes

⁶² Voir article 10 du contrat d'hébergement FranceNet.

⁶³ Voir article 9 du contrat d'hébergement FranceNet.

⁶⁴ Voir II, les modalités de règlement du prix.

En effet, on peut conseiller d'inclure une clause compromissoire, par laquelle les parties au contrat d'hébergement, s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

3) Une clause résolutoire

L'hébergeur pourra mettre fin de plein droit à la relation contractuelle lorsqu'il aura constaté une infraction dans le chef de l'opérateur du site contrevenant.

§2 : Les conséquences en cas de non respect des obligations entre les parties

Les parties au contrat d'hébergement comme dans tous les contrats doivent respecter les dispositions qu'elles ont convenu entre elles. Dans l'hypothèse où les parties ne respectent pas les stipulations contractuelles, cela peut engendrer des conséquences de droit commun ainsi que des conséquences inattendues.

I : Les conséquences de droit commun

En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle le débiteur qui n'a pas ou qui a mal exécuté son obligation pourra être condamné à verser des dommages-intérêts à la partie lésée. En vertu de l'article 1147 du code civil, si l'une des parties au contrat d'hébergement ne respecte les dispositions prévues au contrat elle pourra voir engager sa responsabilité contractuelle.

Si le contrat d'hébergement est conclu pour une durée indéterminée, la partie qui n'a pas obtenu la contrepartie de son obligation pourra résilier de plein droit le contrat. Cependant comme nous l'avons dit, la plupart des contrats sont conclus pour une durée d'un an, dans ce cas précis la partie lésée pourra demander la résolution du contrat par le juge.

Le juge intervient donc pour mettre un terme à ce contrat, il peut donc intervenir dans les relations contractuelles lorsque l'une des parties lui en fait la demande⁶⁵.

II : Des conséquences inattendues

En effet, on peut parler de conséquences inattendues, en ce qui concerne les solutions en cas de non respect d'une obligation convenue dans le contrat d'hébergement.

Comme nous l'avons vu, le juge peut intervenir afin d'autoriser la résolution du contrat d'hébergement lorsque l'une des parties n'a pas exécuté l'une de ses obligations.

Mais en règle générale seules les parties peuvent faire cette demande.

⁶⁵ Voir l'article 1184 dernier alinéa du code civil.

A l'heure actuelle il s'avère que les tribunaux français ont, à la demande de tiers, dont les droits ont été bafoués par la diffusion d'informations privées les concernant, permis la résolution de plusieurs contrats d'hébergement en interdisant aux hébergeurs de poursuivre l'hébergement et la diffusion de ces informations grâce aux lignes téléphoniques. Les contrats formés peuvent donc être mis en péril par une tierce personne. Il s'agit donc d'une extinction du contrat par le juge, entraînant, de surcroît, la fermeture des sites portant atteinte à un tiers.

Compte tenu "des obligations contractuelles" qui incombent aux hébergeurs quant au respect des droits des tiers, et compte tenu que les hébergeurs ne peuvent pas opposer aux tiers les clauses d'irresponsabilité contenues dans les contrats, les tribunaux ont estimé que la responsabilité civile des hébergeurs devait être engagée et les contrats rompus.

Cependant, comme nous allons le voir dans la deuxième partie de notre développement les rapports des hébergeurs et hébergés, dans ce cas précis, ne semblaient pas avoir été définis, au préalable, dans de véritables règles contractuelles.

Pour conclure, ces décisions peuvent fortement remettre en cause les dispositions des parties dans les contrats d'hébergement, les tiers semblent pouvoir jouer un grand rôle dans l'avenir de ce contrat.

C'est pour cela que la deuxième partie de ce mémoire va s'attacher essentiellement à expliquer pourquoi les tribunaux français ont condamné si fortement les hébergeurs et comment l'ensemble des écrits et des projets sur ce sujet tendent vers une responsabilisation des hébergeurs.

DEUXIEME PARTIE : LE CONTRAT D'HEBERGEMENT ET LES TIERS AU CONTRAT

Si l'article 1134 du code civil dispose que **"les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"**, selon les stipulations de l'ensemble des contrats d'hébergement les hébergeurs ne devraient pas être responsables en cas de contenus illicites des sites qu'ils pourraient être amenés à héberger, car ils ne sont pas les créateurs des sites. Cependant, selon un autre grand principe du droit des obligations établi par l'article 1165 du code civil, **"les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et elles ne doivent pas nuire aux tiers"**.

Au regard des contrats d'hébergement étudiés nous avons établi que chaque partie au contrat s'engage à respecter le droit des tiers, cependant, ces règles sont respectées lorsqu'il s'agit de contrats conclus avec des entreprises qui tiennent à leur renommée et qui évitent de nuire "gratuitement" au droit d'autrui.

Cependant, l'hébergement de site web est constitué dans certains cas sans rédaction de contrat, sans détermination de la partie cocontractante. C'est à ce niveau que l'on rencontre des problèmes.

La législation étant encore floue voir quasi inexistence concernant la réglementation du réseau Internet, le juge a dû se suppléer au législateur. C'est à ce niveau, que se pose un problème, la question est de savoir qui est responsable en cas de diffusion de sites ayant un contenu illicite nuisant aux tiers. Les tribunaux français ont décidé de condamner les fournisseurs d'hébergement.

La deuxième partie de notre développement, tentera d'expliquer dans un premier chapitre les contours de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et dans un deuxième chapitre nous montreront l'ensemble des initiatives, perspective d'une tendance à la responsabilisation des hébergeurs lorsqu'ils seront amenés à contracter avec leurs clients. Au regard de cette deuxième partie on constatera une opposition entre le pouvoir judiciaire, qui n'hésite pas à retenir la responsabilité de l'hébergeur en tant qu'intermédiaire technique en cas de dommage ou d'actes illicites réalisés sur le réseau, et le pouvoir politique d'un autre côté qui prône une irresponsabilité des hébergeurs⁶⁶.

⁶⁶ Pascal WILHELM et Gaël KOSTIC, la hiérarchie des responsabilités sur Internet, Cahiers - Lamy droit de l'informatique, n° 114, mai 1999, page 9.

Chapitre 1^{er} : Les contours de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement

Après avoir identifier les parties au contrat d'hébergement, il est nécessaire d'établir laquelle de cette partie va être responsable. Les tribunaux se sont prononcés sur la responsabilité des hébergeurs, cependant il serait intéressant d'établir les fondements sur lesquels les juges se sont appuyés pour prendre leurs décisions, et d'en évaluer les conséquences pour les hébergeurs.

Section 1 : Les causes de la responsabilité des hébergeurs

Bien avant que les tribunaux soient saisis sur cette question, les hébergeurs avaient déjà rencontré des difficultés, en effet, Jean-Michel JARRE, avait déjà réussi en envoyant un simple courrier électronique aux hébergeurs, que ces derniers stoppent le stockage et la diffusion des sites qui contrefaisaient ses œuvres⁶⁷.

Si les tribunaux français ont du se prononcer sur la responsabilité des hébergeurs, mais aussi sur d'autres intermédiaires techniques, c'est parce que des tiers au contrat d'hébergement ont été victimes de diffusion sur le net d'informations à caractère personnel. Ces tiers ont donc saisi les juges afin que leurs droits soient rétablis. C'est ainsi que les tribunaux avaient été saisis par les étudiants juifs de France qui avaient assigné les fournisseurs d'hébergement afin qu'ils rendent inaccessible des écrits racistes sur le net. Le 12 juin 1996 le tribunal de grande instance de Paris est venu apporter un certain nombre de précisions intéressantes concernant la responsabilité éventuelle des hébergeurs.

Cependant, la responsabilité des hébergeurs a été établie dans une affaire qui a fait beaucoup de bruit médiatique, c'est la décision opposant le mannequin Estelle HALLYDAY c/ Valentin LACAMBRE⁶⁸. En effet ce dernier est le responsable d'altern.org, hébergement gratuit. Dans cette affaire un webmaster a loué chez Altern.org un espace pour y stocker un certain nombre de pages web, dont 19 photos privées représentant le mannequin Estelle, partiellement ou complètement dénudée. Cette dernière a donc assigné le fournisseur d'hébergement. Ce qui nous intéresse se sont les fondements sur lesquels Estelle HALLYDAY s'est basée et de voir lesquels de ces arguments ont été retenus par les tribunaux pour condamner l'hébergeur. De plus, il semble nécessaire d'évoquer les moyens de défense des hébergeurs.

Nous baserons essentiellement notre développement sur l'intérêt qu'a suscité l'affaire précédemment décrite.

⁶⁷ Expertises, *actualité*, décembre 1997, page 367.

⁶⁸ Nous allons étudier l'affaire Altern.org/Est.H d'une manière générale, nous ferons références selon nos développements soit à la décision prise en référé soit à la décision de la cour d'appel. TGI Paris, ordonnance de référé, 9 juin 1998 Dalloz Affaires. n°135, jeudi 2 octobre 1998. CA Paris 10 février 1999, consulter www.altern.org ou consulter les décisions en annexe.

§1 : Les fondements de la responsabilité des hébergeurs

Dans ce paragraphe nous évoquerons les argumentations des parties.

I : La position du tribunal face à l'argumentation d'Estelle HALLYDAY

A : les deux fondements avancés par Estelle HALLYDAY

La première question qui vient à notre esprit est, pourquoi a-t-elle assigné l'hébergeur à la place de l'auteur du site? Car, à l'évidence, celui qui devrait être responsable, serait celui qui a été à l'origine des informations litigieuses.

Intenter une action contre l'hébergeur s'explique dans ce cas précis car l'auteur du site n'avait pu être préalablement identifier, par la victime. En effet, le fournisseur d'hébergement avait choisi d'offrir ses services d'hébergement à des personnes anonymes désireuses de créer des pages web. Par conséquent seul l'hébergeur était connu.

Dans son argumentation devant le président GOMEZ, l'avocat d'Estelle HALLYDAY, a avancé que le fournisseur d'hébergement a dans un premier temps manqué à son obligation de déclaration préalable de son activité aux services de communication audiovisuelle, prévue à l'article 43 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁶⁹.

De plus, la demanderesse a argué que la publication de ces photographies portait atteinte à l'intimité de sa vie privée et lui causait un important préjudice. Elle se fonde donc sur l'article 9 du code civil qui dispose que ***chacun a droit au respect de sa vie privée.***

B : La solution jurisprudentielle

1) La position du tribunal

Le 9 juin 1998, le président du tribunal, a estimé que "la procédure de référé ne permettait pas l'organisation d'un débat complet et contradictoire sur l'ensemble des points invoquer par la demanderesse et qu'un débat au fond s'imposait".

Mais vu l'urgence et pour éviter le trouble subi par la demanderesse, il a fait injonction à Valentin LACAMBRE de mettre en œuvre les moyens de nature à rendre impossible toute diffusion des clichés photographiques à partir de l'un des sites dont il avait la gérance.

⁶⁹ Voir l'article 43 en annexe du présent mémoire.

De plus le juge a affirmé que le fournisseur d'hébergement a l'obligation de veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge, au respect de ceux-ci des règles déontologiques régissant le web et au respect par eux des lois et des règlements et des droits des tiers.

Même si le juge ne s'est pas franchement prononcé sur la responsabilité de l'hébergeur, sous couvert d'une mesure d'urgence il oblige les hébergeurs à ne pas diffuser les photos. L'hébergeur a été obligé, étant donné le montant de l'astreinte qui s'élevait à 100.000 francs par jour, de fermer le site. Ceci représentait une somme considérable pour le petit hébergeur Altern⁷⁰.

Dans un second temps, le 10 février 1999, la cour d'appel de Paris a confirmé la solution rendue par le président du tribunal du TGI. La cour d'appel a estimé, par analogie avec le régime du droit de la communication, que le fournisseur d'hébergement qui permet à des personnes anonymes de stocker sur ses machines des pages web est responsable du contenu.⁷¹

En conséquence Altern a été condamné à verser la somme de 300.000 francs de dommages-intérêts à Estelle HALLYDAY, pour avoir diffusé sans autorisation, des photographies de nus qui portaient atteinte au droit à l'image du mannequin et à sa vie privée.

Les juges de la Cour d'Appel de Paris, ont donc confirmé le jugement de première instance, et, de plus, ils ont estimé que l'hébergeur avait excédé manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'information et doit, d'évidence, à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, assumer le préjudice causé. Le juge n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler que le fournisseur d'hébergement tire un profit substantiel de son activité. Dès lors il doit assumer une certaine responsabilité lorsque son activité contribue à porter atteinte aux droits des tiers. A travers leur position les juges ont fait peser sur les hébergeurs de nouvelles obligations, qui feront l'objet d'un développement particulier dans la seconde section du présent chapitre⁷².

2) Le fondement des juges

Le juge déclare le fournisseur d'hébergement responsable au motif qu'il n'a pas agi comme un simple intermédiaire technique. Par conséquent, il est reproché à l'hébergeur de ne pas avoir contrôlé avant la diffusion au public le contenu du site.

⁷⁰ Voir infra la section 2 de ce chapitre Les conséquences pour les hébergeurs.

⁷¹ Expertises, *références*, mars 1999, page 50.

⁷² Voir le développement §2 de la 1^{ère} section du chapitre étudié (la création par les tribunaux de nouvelles obligations à la charge de l'hébergeur).

a) Sur le contenu des sites

La Cour d'Appel, pour condamner l'hébergeur, s'est donc fondée sur l'article 2 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986 pour qualifier les contenus d'un service de communication par réseau, le juge a appliqué dans ces conditions un régime réservé au délit de presse (diffamation, injure....)⁷³.

b) Sur la responsabilité

Cependant, il ne semble pas qu'il s'agissent de faire naître une responsabilité de plein droit à l'égard des fournisseurs d'hébergement. Il s'agit en l'espèce d'une responsabilité délictuelle fondée sur la faute. L'arrêt parle bien d'une atteinte au droit de l'image et à l'intimité de la vie privée.

Dés lors un système d'exonération est envisageable.

En effet, lorsque le juge a rendu sa décision, il a affirmé que l'hébergeur pourrait s'exonérer de sa responsabilité à condition de prouver qu'il a bien exécuté de nouvelles obligations⁷⁴. Comme nous le verrons plus bas, ces obligations auront forcément des conséquences dans les relations contractuelles à venir entre l'hébergeur et l'hébergé.

II : Les moyens de défense des hébergeurs face à la solution jurisprudentielle

Depuis le début de cette affaire les hébergeurs ont réfuté les décisions engageant leur responsabilité, cependant leurs moyens de défense n'ont pas convaincu les juges. Il est donc intéressant de dresser l'ensemble des moyens de défense des hébergeurs tout en essayant d'expliquer pourquoi les juges ne les ont pas retenus. De plus, de fervents défenseurs⁷⁵ des hébergeurs ont plus particulièrement réfuté le rapprochement qu'il peut être fait entre les hébergeurs et les responsables de presse.

A : Le fondement des moyens de défense des hébergeurs

1) La reconnaissance d'un droit de neutralité

Les hébergeurs ont tenté de dégager leur responsabilité en invoquant "un droit de neutralité" découlant de leur rôle qui est purement technique⁷⁶. En effet, ils estiment

⁷³ Voir infra, l'amendement du député Patrick BLOCHE. De plus il estime que cette extension des délits de presse aux contenus de la communication de dommages-intérêts est dommageable car cela a conduit à des DI sans rapport avec ceux généralement pratiqués pour les supports de presse.

⁷⁴ Voir §2 de la section 2 de ce chapitre les obligations implicites à la charge de l'hébergeur.

⁷⁵ Consulter le site <http://www.defaite-internet.org>.

qu'ils n'ont pas les moyens techniques de contrôler le contenu de l'ensemble des sites qu'ils hébergent. Valentin LACAMBRE, dans l'un de ses moyens au jugement prétend, *qu'aucun contrôle à priori technique n'est envisageable en raison du grand nombre des sites stockés et publiés chaque jour. Il a d'ailleurs préciser qu'il avait mis en place trois e-mail pour recevoir les plaintes des usagers et que le compte des documents litigieux est immédiatement clôturé en cas de violation flagrante de la loi.*

La décision des juges vient ainsi rejeter la thèse de la neutralité des professionnels de l'Internet⁷⁷.

Il est vrai que les hébergeurs stockent des dizaines de milliers de sites mais n'ont-ils pas les moyens pour contrôler et éviter de tels "dérapages" ?

Comme nous l'avons dit plus haut⁷⁸, dans leur prestation principale les hébergeurs mettent à disposition un code d'accès à leurs hébergés pour qu'ils aient connaissance des statistiques de consultation de leurs sites. Par conséquent, ces chiffres en cas de consultation manifestement excessive sont aussi des indicateurs pour les hébergeurs. Selon Marie-Hélène⁷⁹ TONNELIER, les hébergeurs ont les moyens techniques pour contrôler le contenu des sites qu'ils hébergent. Par exemple aujourd'hui on peut utiliser des logiciels de surveillance réagissant à l'emploi de certains mots ou expressions⁸⁰. Cependant, elle estime que dans les prochaines affaires les juges devront apprécier les moyens de contrôle mis en place par les hébergeurs en fonction du nombre des sites dont ils ont la responsabilité.

Ce que l'on peut conseiller aux hébergeurs est désormais d'utiliser cette contrainte imposée comme un atout. Les moyens techniques mis en avant pour contrôler le contenu des hébergés pourront être "un gage de sérieux", pour les hébergeurs afin de promouvoir leurs activités. En effet, la publicité négative faite à un hébergeur dans ce genre d'affaire peut avoir des répercussions commerciales très importantes, les autres sites hébergés n'appréciant guère de pâtir indirectement des effets d'une telle publicité sur le serveur qui les héberge.

Par conséquent, dans les futurs contrats d'hébergement les hébergeurs auront donc intérêt à instaurer de nouvelles dispositions relatives aux moyens de contrôle mis en place pour contrôler le contenu des sites.

Nous verrons dans un [autre développement](#) les arguments des hébergeurs face au comportement qu'ils doivent adopter face à la connaissance du contenu.

⁷⁶ Marie-Emmanuelle BICHON-LEFEUVRE, Cahiers Lamy droit de l'informatique " retour sur la décision Est.H/ Altern du 10 février 1999 ", page 26.

⁷⁷ A propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998, cahiers Lamy droit de l'informatique, n°116, août-septembre 1998.

⁷⁸ Page 14 du présent mémoire.

⁷⁹ Voir l'article paru dans Expertises, *doctrine*, "la responsabilité de l'hébergeur," octobre 1998, page 308.

⁸⁰ La hiérarchie des responsabilités sur Internet, Pascal WILHELM, Gaël KOSTI, précité.

2) L'hébergeur ne connaît pas l'auteur du site

Au regard de la solution rendue par les tribunaux, le fait d'avoir hébergé une personne de façon anonyme afin qu'elle puisse créer des pages web portant atteinte aux droits des tiers a porté préjudice aux hébergeurs.

Il a été reproché à l'hébergeur⁸¹ Altern, d'avoir refusé de donner le nom du fournisseur de contenus, ce qui faisait de lui un responsable mais pas un coupable. Cependant, Valentin LACAMBRE⁸², précise qu'il n'a jamais refusé de donner le nom du webmestre mais il affirme qu'il ne le connaît pas. Que dans le cas d'hébergement gratuit il est très rare de demander l'identité des webmestre. En revanche il précise qu'il n'a jamais refusé de donner toutes les informations techniques (numéro d'IP, fichiers de connexion), qui peuvent permettre à la police de retrouver l'auteur.

De plus, il estime qu'obliger les fournisseurs d'hébergement à obtenir l'identité des auteurs préalablement à toute communication publique pose plusieurs problèmes.

En effet, cela va engendrer l'obligation d'un traitement manuel pour toute ouverture de site, cela coûte très cher, et par conséquent cela empêcherai la continuité des services non commerciaux comme Altern qui n'a pas les moyens. A l'heure actuelle l'ensemble des hébergés choisissent leur serveur "on line" et y souscrivent aussi "on line", et comme on l'a déjà dit plus haut il peuvent donner des pseudonymes.

Il estime que le stockage dans les locaux de l'hébergeur de dizaines de milliers de documents légaux établissant l'identité des individus n'est pas sans poser des problèmes de confidentialité et d'exploitation commerciale des informations personnelles. Cet argument semble cependant très peu probant car toute entreprise ayant une clientèle abondante est aussi amenée à stocker des informations personnelles.

Il réfute encore l'argument de la déclaration préalable de service audiovisuel, avancé par la demanderesse au titre de l'article 43-2 de la loi du 30 septembre 1986, selon lui le Conseil d'Etat aurait dans son dernier rapport⁸³ supprimé cette déclaration pour ce respect de l'anonymat.

Pour finir, Valentin LACAMBRE réfute l'obligation pour l'hébergeur l'obtention de l'identité des auteurs au motif de la liberté d'expression. Il n'approuve pas le fait que l'on doit donner son identité pour pouvoir s'exprimer. Par cela, il affirme ne pas entendre de permettre l'exécution d'activités illégales, mais par exemple le fait de pouvoir exprimer ses opinions politiques sur le net, sans que son employeur ou son voisin de pallier soit au courant.

Il semblerait cependant, qu'en identifiant l'auteur cela pourrait avoir des conséquences positives en dissuadant les auteurs de sites transgressant les règles, de porter atteinte au droit d'autrui.

⁸¹ En effet, Jacques-Georges BITOUN, avocat, publia le 19 février une tribune au sujet de l'affaire Altern sous le titre "décision inattaquable". Dans cet article Me BITOUN, estime que la décision est exemplaire et condamne sans limite l'hébergeur, et porte différents jugements sur l'attitude de Valentin LACAMBRE.

⁸² Consulter le site d'Altern dans la rubrique auteurs du site par rapport à l'hébergeur, Réfutation du jugement, www.altern.org

⁸³ Le dernier rapport du Conseil d'Etat en la matière date du 2 juillet 1998.

En l'espèce, on peut dire, que les hébergeurs ont choisi délibérément d'ignorer les auteurs des contenus au nom de la liberté d'expression⁸⁴.

3) La liberté d'expression

Les hébergeurs condamnent les décisions au nom de la liberté d'expression sur le net⁸⁵. Ils avancent que la liberté est un droit gravé dans le marbre, un des droits les plus précieux de l'Homme. en vertu de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789, **"la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"**.

Les hébergeurs estiment, si on les oblige à fermer un site dès qu'ils constatent qu'ils hébergent un site au contenu illicite, que c'est une entrave à la liberté d'expression dont disposent les auteurs du site. Mais surtout ce qu'il contestent c'est le fait que ce soit eux qui doivent décider si un site est contraire ou non à la loi. De plus, ils arguent qu'en le fermant ils ne permettent pas à l'auteur du site de défendre devant la loi la légalité de leurs publications, ce qui est fondamentalement contraire au fonctionnement d'un Etat de droit.

Cependant, l'illégalité de la publication de sites pédophiles ou de sites incitant à la haine raciale ne faisant aucun doute, l'entrave à la liberté d'expression ne sera pas caractérisée si un hébergeur décide de fermer le site de son propre gré.

On voit ici l'importance du contrat car l'hébergeur, se refusent au préalable d'héberger ce genre de site, il y a donc un contrôle à priori du contenu du site, car si l'hébergé, manque à cette obligation il verra sa responsabilité contractuelle engagée.

B : La refus par les hébergeurs du droit de la presse

Dans leurs décisions les juges ont abordé les problèmes liés à Internet, selon les règles du droit de la presse concernant aussi bien le contenu des sites que concernant la responsabilité des hébergeurs, en affirmant que l'hébergeur avait manifestement excéder sa prestation technique en diffusant les images de la mannequin.

En France il existe une culture de la responsabilité de celui qui dirige la diffusion puisque la loi de la presse rend responsable le directeur de publication.

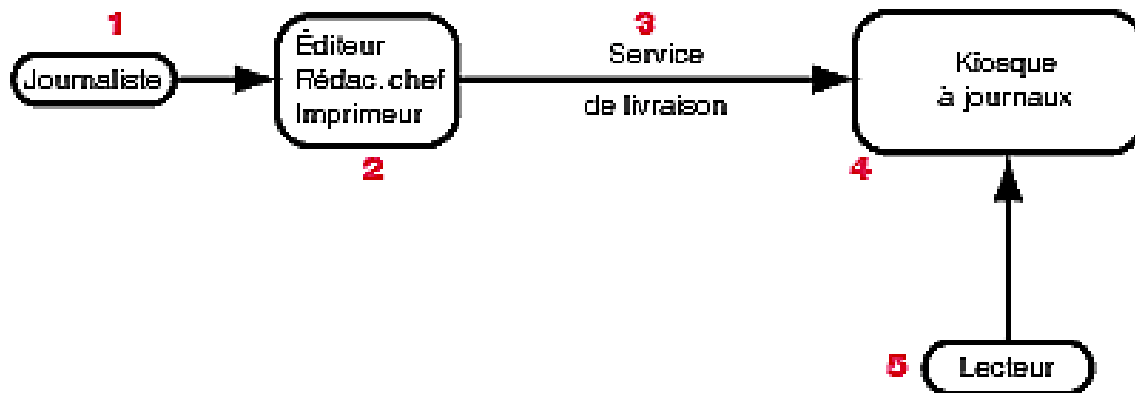
A ce titre, on ne peut pas revendiquer un espace de liberté absolue, car le juge peut exercer un contrôle lorsque la liberté prise a porter atteinte à autrui. C'est ainsi que l'hébergeur, en tant que responsable de la diffusion des informations qu'il stocke, est assimilé au directeur de publication d'un journal.

⁸⁴ Nicolas COURTIER, Internet, le droit, et la liberté, controverse autour de l'affaire Altern, Expertises, *tribune*, avril 1999, page 91.

⁸⁵ La liberté d'expression, <http://www.defaite-internet.org>.

Cependant, les hébergeurs et leurs défenseurs, en raisonnant par analogie au droit de la presse, affirment que l'hébergeur ne revêt pas la fonction de directeur de publication mais la fonction de responsable de kiosque à journaux.

Ils ont illustré leur affirmation à travers un schéma :



Au regard de ce schéma on peut faire une similitude avec le schéma concernant le schéma décrivant la chaîne humaine de l'hébergement.⁸⁶

Dans un premier temps nous avons le journaliste qui rédige son article (1). Ensuite, nous avons, le rédacteur en chef (2) qui organise l'information des journalistes et fabrique un journal. Dans un troisième moment le journal est transporté par un service de livraison (4), jusqu'aux kiosques à journaux. Le kiosque à journaux (5) stocke les différentes publications. Le lecteur (6), lui vient acheté le journal.

Les hébergeurs assimilent la fonction de l'hébergé à celle exercée par un kiosquier. Par conséquent le kiosquier n'est jamais tenu pour responsable des contenus des journaux qu'il vend, son rôle n'étant pas, de lire tous les journaux, ni de sélectionner ce qui est légal ou ne l'est pas. Sa responsabilité n'est engagée que dans le cas où il se serait spécialisé dans un registre illégale (littérature pédophile) ou dans le cas où il n'aurait pas retiré de la vente les ouvrages interdits après une injonction de justice ?

C'est à travers ces divers points d'argumentation que les hébergeurs ont tenté d'enrayer les demandes des victimes d'auteur de site peu scrupuleux, qui font condamner d'autres personnes à leur place. Afin d'éviter que ce problème persiste les auteurs et les autorités vont tenter de limiter la responsabilité des hébergeurs. Cependant, en attendant des réformes, la décision des tribunaux, entraîne d'importantes conséquences pour l'avenir des fournisseurs d'hébergement.

⁸⁶ Voir schéma page 13.

⁸⁶ Patrick BLOCHE a déjà fait quatre propositions d'amendement.

Section 2 : Les conséquences pour les hébergeurs

Dans cette deuxième section nous dresserons les conséquences directes et actuelles de la décision rendue à propos de l'hébergeur Altern. De plus comme nous l'avons dit plus haut, en rendant leur décision les juges n'ont pas voulu faire des hébergeurs des boucs émissaire et leur ont offert de limiter leur responsabilité en démontrant qu'ils ont bien respecter certaines obligations, nous ferons état de ces obligations.

§1 : Les conséquences directes

I : Des conséquences directes basées sur la responsabilité de l'hébergeur

A : Des conséquences basées sur la responsabilité civile

Pour condamner les hébergeurs à la place de l'auteur du site les juges se sont fondés sur l'article 1382 du code civil relatif à la responsabilité civile fondée sur la faute. En effet, selon la position retenue par la cour, en hébergeant les photos sur ses machines sans avoir vérifié au préalable si l'auteur en avait eu l'autorisation, la responsabilité civile d'Altern devait être engagée, car ils n'ont pas respecter l'article 9 du code civil relatif à la protection de la vie privée. D'une manière générale on reconnaît que l'hébergeur commet une faute par omission en ne vérifiant pas le contenu des informations hébergées.

La conséquence première a donc été la condamnation de l'hébergeur à payer des dommages-intérêts⁸⁷. Le tribunal a donc condamné Altern à payer 300.000 francs de dommages-intérêts à Estelle HALLYDAY, compte tenue de la profession, de la notoriété et de la diffusion démultipliée résultant des possibilités techniques offertes par Internet.

D'ailleurs le montant de la somme à payer est considérable pour l'hébergeur. Comme l'a dit le député Patrick BLOCHE⁸⁸, la somme pour laquelle Altern a été condamné est démesurée par rapport à ce que les rédacteurs en chef de journaux sont condamnés habituellement, les sommes varient entre 10.000 et 100.000 francs. On peut penser que les juges on établi cette somme afin qu'elle soient dissuasive pour l'avenir et pour dresser les limites des hébergeurs.

De plus il faut se replacer dans le contexte du réseau Internet comme l'ont précisé les juges, les photos ont été diffusées dans le monde entier. Cependant, même si à l'heure actuelle Internet se développe rapidement cela se limite encore à un public "privilégié" en tout cas en France.

Cette conséquence directe de la condamnation des hébergeurs aura obligatoirement des répercussions sur le contrat d'hébergement, au regard de cette décision il est

⁸⁷ Après la condamnation, Estelle HALLYDAY ne reçut que 70.000 fr. car elle a voulu faire preuve d'exemplarité en ne profitant pas de cette somme et en à la reversant à des œuvres caritatives.

⁸⁸ Patrick BLOCHE a déjà fait quatre propositions d'amendement à la loi du 30 septembre 1986. Il a à travers ses propositions reçu l'approbation des hébergeurs et de leurs défenseurs. Consulter www.defaite-internet.org, " une réforme oui, oui, oui, trois oui ".

conseillé aux hébergés d'aménager leur responsabilité au sein de leurs relations contractuelles de façon précise en insérant une clause leur permettant de faire un appel en garantie ou une action récursoire contre leur cocontractant. D'où l'importance de conclure un contrat, n'en déplaise à ses détracteurs⁸⁹.

B : Des conséquences basées sur la responsabilité pénale

Dans l'affaire Altern les hébergeurs voient engager leur responsabilité civile lorsque de leur faute il créent un dommage à autrui.

Cependant, qu'en est-il de leur responsabilité pénale ?

L'ensemble des projets étudiés à propos de la responsabilité font état de la responsabilité pénale des hébergeurs⁹⁰.

L'hébergeur pourrait donc voir sa responsabilité pénale engagée lorsque le site qu'il héberge est de part sont contenu constitutif d'une infraction pénale.

En France, une affaire récente a fait écho dans la presse⁹¹ mais aussi dans le milieu des hébergeurs et de leurs défenseurs.

En effet, le 18 décembre 1998, après avoir reçu un mandat de perquisition d'un juge d'instruction de Rennes suite à la diffusion d'images de films d'horreur ayant un caractère violent de nature à choquer la sensibilité des plus jeunes, des officiers de police judiciaire ont fait irruption dans les locaux de Cyberlain, hébergeur gratuit⁹². Ils ont exigé que les ordinateurs soient éteints, l'hébergeur ayant refusé d'obtempérer car l'interruption des ordinateurs constitueraient un préjudice pour les autres hébergés, il fut emmené au poste de police. Il fut libéré, seulement, une fois qu'il donna les fichiers "log" permettant de remonter jusqu'à l'auteur du site.

En l'espèce l'affaire n'est pas encore passé devant les tribunaux, on ne sait pas si le juge d'instruction a pu identifier l'auteur des images. Cependant, en faisant un parallèle avec l'affaire Altern, l'affaire Cyberlain sera-t-elle l'amorce d'une jurisprudence semblable en matière pénale ?

Thibault VERBIEST⁹³, n'assimile pas la responsabilité civile des hébergeurs qui requiert une simple faute ou négligence, alors que la responsabilité pénale exige une intention délictueuse.

En l'espèce nous n'avons pas assez de fait pour affirmer que l'hébergeur Cyberlain avait, en stockant les images de violence sur son site, l'intention délictueuse de nuire aux mineurs internautes qui auraient pu voir les images.

⁸⁹ En effet, les membres de l'association défaite de l'Internet, sont contre l'idée que le contrat soit la meilleure solution pour régler leur problème, car étant contre le fait de déterminer l'auteur du site, le contrat permettrait l'identification directe des hébergés. Selon eux, au nom de la liberté d'expression le contrat n'est pas la solution.

⁹⁰ Voir infra. le projet MADELIN, le rapport du conseil d'état fait état de la responsabilité civile mais aussi pénale.

⁹¹ Le monde interactif, le 10 février 1999.

⁹² Hébergeur gratuit, appartenant à une communauté virtuelle baptisée " le village ".

⁹³ Avocat au barreau de Bruxelles, auteur de l'article " La responsabilité pénale des hébergeurs, une nouvelle affaire ", paru dans le journal belge L'Echo, et diffusé sur Internet grâce à l'association cyberlex.org.

II : Des conséquences prévisibles : la disparition des hébergeurs gratuits et des hébergeurs français

Nicolas COURTIER⁹⁴, estime que la survie économique des hébergeurs est menacée. En effet, les plus modestes des systèmes d'hébergement sont maintenus par des passionnés, eux souhaitaient participer à la diffusion d'informations gratuites sur le réseau Internet, et à la liberté d'expression. Il soutient donc que la condamnation des hébergeurs va en dissuader plus d'un.

Les membres de le défaite de l'Internet⁹⁵ vont même plus loin en affirmant que c'est l'ensemble de la profession qui est menacée, car même les plus gros fournisseurs d'hébergement, ne pourront pas faire face en se permettant de dilapider leur chiffre d'affaire en procès à répétition.

De plus, ils estiment que la décision de justice les condamnant va conduire les hébergeurs à s'adapter à la nouvelle situation. C'est ainsi qu'ils pensent que les hébergeurs devront embaucher du personnel spécialisé ayant une formation juridique afin de vérifier si tous les contenus des sites web hébergés sont en règles avec les législations en vigueur. Cette nouvelle organisation pourra donc engendrer des frais supplémentaires pour les hébergeurs, qui pourront s'avérer insurmontables pour des petits hébergeurs.

Cependant, les auteurs et les pouvoirs politiques se penchent sur la question pour éviter que les prévisions des défenseurs d'Altern se réalisent réellement. En attendant, les hébergeurs devront respecter les nouvelles obligations que les tribunaux leur ont imputé afin d'éviter une condamnation similaire à celle d'Altern.

§2 : La création par les tribunaux de nouvelles obligations à la charge des hébergeurs

En effet, lorsque les juges ont estimé que les hébergeurs, devaient être tenus pour responsables, ils ont appuyé leur argumentation en précisant que les hébergeurs avaient commis une faute par omission en ne vérifiant pas le contenu du site qu'ils hébergeaient. C'est ainsi, que désormais, ils font peser certaines obligations sur les hébergeurs. Cependant une porte de secours, est envisageable, on peut alors parler d'une responsabilité limitée.

I : Quelles sont ces obligations ?

Lorsque le président GOMEZ, nonobstant un débat au fonds, avait déjà précisé les obligations des hébergeurs, lorsqu'il indiquait : *"il apparaît nécessaire de préciser que le fournisseur d'hébergement a l'obligation de veiller à la bonne moralité de ce qu'il héberge, au respect par ceux-ci des règles déontologiques régissant le web et au*

⁹⁴94 Internet, le droit et la liberté, précité.

⁹⁵95 Consulter www.defaite-internet.org, rubrique la disparition des hébergeurs francophones.

respect des lois et règlements des droits des tiers". Nous rappelons que la Cour d'Appel confirma la décision rendue en première instance. Désormais, il pèse donc une double obligation à la charge des fournisseurs d'hébergement.

Une obligation de conseil qui consiste essentiellement pour l'hébergeur à informer le futur hébergé sur l'obligation de respecter les droits des tiers, (droit de la personne, droits d'auteurs, droit des marques). Nous rappelons qu'au regard des stipulations des contrats d'hébergement cette obligation est remplie.

Une obligation de veiller à la bonne moralité de leurs clients, et de procéder à un contrôle des contenus des hébergés⁹⁶.

Concernant cette obligation les juges obligent, *"le cas échéant de prendre les mesures nécessaires de nature à faire cesser le trouble qui aurait pu être causé à un tiers"*. L'hébergeur est ainsi tenu d'agir à la défense des tiers.

Ces obligations imposent donc à l'hébergeur une certaine vigilance. Le comportement de l'hébergeur repose sur une double obligation, une obligation d'actions curatives mais surtout d'actions préventives du professionnel. Cette action préventive peut se retrouver dans les stipulations contractuelles entre hébergeurs et hébergé

Cependant, les tribunaux ont prévu des limites à la responsabilité des hébergeurs.

II : Les limites à la responsabilité des hébergeurs

Selon Frédérique OLIVIER et Eric BARBRY⁹⁷, la responsabilité de l'hébergeur est limitée par nature, car il n'est pas le premier en cause. Majoritairement, ce sont les auteurs "primaires", des faits dommageables qui sont poursuivis et condamnés. Mais ils ne sont pas, pour autant, pour une déresponsabilisation des professionnels de l'Internet. Mais inversement, le fournisseur d'hébergement ne doit pas être, de façon systématique, tenu pour responsable. Il doit lui être offert la possibilité de limiter sa part de responsabilité.

C'est dans cet esprit que les tribunaux ont rendu leur décision dans l'affaire Altern. L'exonération de responsabilité pour les hébergeurs pourra être admise lorsque ce dernier aura prouvé les dispositions suivantes :

- Qu'il a bien délivré des conseils à ses hébergés relativement aux droits des tiers.
- Qu'il a opéré les contrôles qui lui sont imposés quant à la vérification du contenu du site.
- Que dans le cas de connaissance de contenus illicites il a bien pris les mesures nécessaires pour faire cesser la violation aux droits des tiers.

⁹⁶ Voir supra, les arguments de défense des hébergeurs est le nombre considérable de sites qui empêchent de répondre à cette obligation.

⁹⁷ A propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998, cahiers Lamy droit de l'informatique, page 2 et 3, précité.

La responsabilité des hébergeurs serait donc engagée à condition qu'ayant connaissance d'un fait dommageable et disposant des moyens d'y mettre fin, le professionnel serait resté passif.

Cependant à propos de la connaissance du contenu du site par l'hébergeur, se pose aussi plusieurs problèmes.

Quel comportement l'hébergeur doit-il adopter lorsqu'il a eu connaissance d'un site illicite ?

Les hébergeurs arguent le fait qu'il ne peuvent pas se substituer aux autorités de police ou à l'ensemble des autorités officielles pour décider si le contenu d'un site est licite ou non, s'il porte atteinte ou non aux droits d'autrui.

Cependant, "*nul n'est censé ignorer la loi*", et les hébergeurs ont la possibilité de demander à l'auteur du site si ce dernier a obtenu l'ensemble des autorisations des tiers pour diffuser le contenu des pages web.

On peut penser que les hébergements mis en place après la signature d'un contrat posent moins de problème cependant, concernant l'affaire Altern l'hébergeur avait la volonté d'héberger des personnes anonymes.

Au delà des défenseurs qui invoquent une déresponsabilisation automatique des hébergeurs un problème se pose lorsque l'hébergeur avait connaissance des informations délictueuses et qu'il n'a pas agit pour faire cesser le trouble causé aux tiers. La question qui se pose est de savoir si l'hébergeur ne peut pas être déclaré complice pour passivité ? Juridiquement rien n'empêcherai de condamner l'hébergeur pour complicité.

Pour revenir à l'affaire Altern, les défenseurs de l'hébergeur affirment que ce dernier n'était pas au courant et que lorsque ce dernier a été informé du trouble il a immédiatement fermé le site incriminé⁹⁸.

De plus la jurisprudence n'a pas définie les moyens par lesquels les hébergeurs pouvaient avoir connaissance des infractions relatives au contenu. Une simple lettre ou un e-mail délateur pourront-ils suffire pour affirmer que l'hébergeur avait eu connaissance du contenu illicite ?.

N'est-ce pas risqué que l'hébergeur soit obligé de fermer un site à la demande de toute personne ? (c'est ici que la liberté d'expression risque d'être entravée). En effet, obliger les hébergeurs à fermer un site dès qu'une plainte est formulée peut selon les défenseurs des hébergeurs conduire à une censure pure et simple, que la condamnation du site soit légitime ou non. Par exemple est-ce qu'un simple e-mail d'une grosse entreprise qui se sentirai insulté par une parodie peut conduire l'hébergeur à fermer le site. La réponse n'est pas catégorique juridiquement le juge devra faire une appréciation "in concreto" des faits qui lui seront soumis.

Cependant, on peut estimer que des avis d'association de consommateurs, des sociétés d'auteurs puissent avoir plus de poids qu'un internaute individuel.

On peut dire que les décisions rendues par les tribunaux concernant les hébergeurs sont des ébauches et des prises de position pour préserver le droit des tiers et pour lutter contre l'absence d'une législation en matière d'Internet.

⁹⁸ Consulter le site <http://www.defaite-internet.org>, dans la rubrique l'hébergeur est-il responsable ?

C'est pourquoi il nous a semblé intéressant d'étudier dans le dernier chapitre de notre étude relative au contrat d'hébergement, comment l'ensemble des auteurs et des institutions officielles tentent de régulariser la situation des intermédiaires techniques. Pour ce dernier développement nous avons sélectionné l'ensemble des projets qui nous ont paru les plus pertinents dans le sens où ils pourront dans un futur "proche" avoir des conséquences significatives dans les relations contractuelles hébergeurs/hébergés.

Chapitre 2 : La perspective d'une reponsabilisation des hébergeurs

Nous entendront par responsabilisation "l'action de rendre responsable" les hébergeurs en fonction de leurs capacités et de leur activité. Nous verrons que les divers projets étudiés adoptent des propositions qui vont obliger les hébergeurs à changer leur manière d'agir, de faire en sorte qu'ils soient plus responsables au sens qu'ils devront prendre plus en considération les droit des tiers.

Si le vide juridique n'existe pas puisque les tribunaux ont réussi à appliquer des textes de droit pour fonder la responsabilité des hébergeurs, leur position reste malgré tout discutable⁹⁹ et surtout discutée.

C'est ainsi que l'on peut dire qu'en matière de régulation de l'Internet c'est le régime de la responsabilité des hébergeurs qui est le plus controversé.

Par exemple, Nicolas COURTIER¹⁰⁰, estime que la situation actuelle des hébergeurs reste à parfaire, que les règles doivent être clairement fixées à l'avance. Selon lui, il faut que la jurisprudence s'établisse et que les hébergeurs acceptent les limites fixées par l'autorité judiciaire. Dans ce cas, l'intervention législative ne devrait pas être nécessaire.

Cependant, après l'affaire Altern contre Estelle HALLYDAY, les politiques et les auteurs, au regard de l'ampleur médiatique mais aussi des incertitudes juridiques, se sont penchés sur la question. En effet, l'application des principes de base du droit, au réseau Internet, ne se fait pas sans heurts.

C'est pourquoi ce dernier chapitre dressera l'ensemble des propositions les plus pertinentes, c'est ainsi que nous évoquerons les divers projets institutionnels pour ensuite voir la position des juristes face aux problèmes des fournisseurs d'hébergement.

⁹⁹ En effet, si l'on retient la qualification de contrat de louages de choses pour le contrat d'hébergement, l'hébergeur, ne devrait pas être tenu pour responsable car il se dépossède des ressources de ses machines comme le bailleur il ne saurait être tenu pour responsable du fait de son locataire.

¹⁰⁰ Voir article, Internet, le droit et la liberté, page 92, précité.

Section 1: Les propositions institutionnelles, des initiatives prometteuses

En effet que cela soit au niveau national mais aussi au niveau européen plusieurs propositions ont été faite afin de régulariser le rôle et la responsabilité des hébergeurs. Si Nicolas COURTIER estime que l'intervention du législateur n'est pas utile il affirme que ce dernier devra intervenir sous l'impulsion de l'Europe puisqu'un projet de directive sur le commerce électronique est sorti le 18 novembre 1998. En France les autorités officielles se sont aussi penchées sur le problème.

§: 1 Les propositions Européennes

L'Union Européenne sensible au problème des intermédiaires techniques sur le réseau Internet a permis la réalisation d'un projet de directive et à travers son conseil approuva un plan d'action relatif aux problèmes d'Internet.

I : Le projet de directive européenne du 18 novembre 1998 au regard du Digital Millenium Copyright Act américain

En effet, le 18 novembre 1998 le parlement européen a proposé une directive¹⁰¹ relative à certains aspects du commerce électronique dans laquelle elle tente d'apporter des solutions concernant la responsabilité des hébergeurs.

A: Etude du projet

L'article 14 de la directive institue une limite de responsabilité en ce qui concerne l'activité de stockage des hébergeurs.

A travers cette expression le parlement délimite l'activité des hébergeurs en affirmant que leur activité est une activité qui tend essentiellement à stocker des informations et non, à la différence des décisions des tribunaux français, une activité qui consiste aussi dans la diffusion d'informations.

L'article 14 institue donc une exonération de responsabilité à condition que le prestataire technique n'ait pas eu connaissance qu'un utilisateur de son service s'était livré à une activité illicite. Dès le moment où le prestataire technique a connaissance des faits illégaux, il doit prendre les mesures pour retirer l'information ou en bloquer l'accès.

De plus selon certains auteurs¹⁰², les instances communautaires ont adopté une solution libérale dans la mesure où la directive pose une absence d'obligation générale de surveillance et de devoir de recherche des faits illicites.

¹⁰¹ Voir un extrait de la directive section 4 responsabilité des intermédiaires, article 14.-hébergement, cahiers Lamy droit de l'informatique, n°110- janvier 1999, page 6, reproduit en annexe du présent mémoire

¹⁰² Voir article de P.WILHEM et de G.KOSTIC, "la hiérarchie des responsabilités sur Internet", précité.

En effet l'article 15 de la directive dispose que les états ne peuvent imposer aux prestataires une *"obligation générale de surveiller les informations qu'ils stockent, ou une obligation de rechercher activement des faits ou circonstances indiquant des activités illicites"*.

La directive opte donc pour un système d'autorégulation des intermédiaires que sont les hébergeurs. Certains auteurs comme Le professeur HUET¹⁰³, estime que l'on ne doit pas faire peser ces obligations sur l'hébergeur, car elle les pousseraient à faire eux-mêmes les juges du contenu des informations qu'ils hébergent, ce serait une forme de censure privée selon lui assez pernicieuse.

Mais, en imposant aucune obligation de contrôle aux hébergeurs les victimes de dommages liés à Internet n'ont comme seul recours que d'agir contre l'auteur de l'information illicite. Comme nous l'avons vu grâce aux fichiers log on peut retrouver les véritables auteurs, mais compte tenu de l'avancée des techniques, "les sites miroirs" rendent parfois difficile à localiser et à identifier les véritables auteurs.

La responsabilité limitée telle qu'elle est mise en œuvre par la directive risque de permettre à des internautes de se servir des hébergeurs pour préserver leur anonymat et garantir leur impunité.

B : La comparaison du projet de directive et le texte américain

Le 28 octobre 1998, les Etats-Unis ont adopté la loi dite "Digital Millenium Copyright Act". Ce texte prévoit que les hébergeurs peuvent être poursuivis contre certaines infractions au droit d'auteur, comme par exemple la conservation de contrefaçon dont ils ignoraient l'existence sur leur serveur, cependant ils ont comme dans le projet de la directive européenne la possibilité de s'exonérer de leur responsabilité.

En cas de connaissance des faits illicites, ils sont dans l'obligation de retirer les documents litigieux. De plus ce texte a prévu qu'une personne est responsable pour recevoir les plaintes et le cas échéant elle est chargée de les transmettre à un organisme de contrôle.

Le domaine d'application de la loi américaine est limitée au copyright, soit au droit d'auteur. Cependant certains auteurs américains souhaitent un champ d'application plus large.

La directive vise quant à elle tous les domaines du droit de manière plus horizontale, (droit de la personne, d'auteur ou des marques).

A la lecture des deux textes, les rédacteurs de la directive se sont beaucoup inspirés de la loi américaine. En effet les deux textes requalifient la prestation principale de l'hébergeur qui consiste à stocker sur leur machine un ensemble d'information.

De plus dans les deux textes, l'exonération de responsabilité est accordée sous certaines conditions.

¹⁰³ Voir article de Marie-Emmanuelle BICHON-LEFEUVRE, précité.

II : "Le plan d'action" du conseil de l'Union Européenne du 21 décembre 1998

Ce plan d'action¹⁰⁴ décrit une série d'initiatives à mettre en place entre le 1er janvier 1999 et 31 décembre 2001, afin de promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet, en faisant particulièrement appel à la collaboration des acteurs professionnels du réseau.

C'est ainsi que ce plan préconise la création d'un environnement électronique plus sûr. Il favorise la mise en place d'un réseau "Hotline", sur les serveurs d'hébergement où les usagers pourraient dénoncer les contenus manifestement illégaux. A terme, il est envisagé de délivrer "des labels de qualité" aux fournisseurs qui adhèrent au code de bonne conduite.

Cette initiative donne pour le moment la priorité à l'autorégulation sur réseau qui semble avec le contrat, être une voie efficace contre la propagation des sites contenant des informations nuisant aux droits des tiers¹⁰⁵.

Si les instances européennes ont formulé différents projets afin d'orienter le comportement que doivent adopter les deux parties au contrat d'hébergement et se sont prononcées sur la responsabilité des hébergeurs. Les propositions sur le plan national semblent elles aussi tendre vers une responsabilisation des hébergeurs.

§2 les propositions sur le plan national

En effet, les instances nationales saisies par l'importance des conséquences à venir sur la profession exercée par les hébergeurs tentent, à travers des rapports, et des amendements à la loi du 30 septembre 1986, de modifier la position actuelle de la jurisprudence.

Déjà en juillet 1997, une déclaration ministérielle, à l'occasion de la conférence européenne de Bonn, précisait, *"qu'en aucun cas, il ne faudrait attendre des services hébergeant un contenu appartenant à des tiers, qu'ils exercent un contrôle préalable sur le contenu qu'ils n'ont pas de croire illégal."*¹⁰⁶

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a rendu un rapport "Internet et les réseaux numériques"¹⁰⁷, dans lequel il se prononce sur le problème de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement.

De plus certains députés français ont soumis plusieurs amendements afin de limiter la responsabilité ou même de l'éliminer totalement.

¹⁰⁴ Voir l'article de Me Thibault VERBIEST, paru dans l'Echo du 21 janvier 1999, et diffusé sur le net grâce au site www.cyberlex.org.

¹⁰⁵ Voir §2 la section de ce dernier chapitre.

¹⁰⁶ consulter le site www.defaite-internet.fr, rubrique "des textes de références".

¹⁰⁷ Le rapport fut édité à la documentation française, 266 pages et diffusé sur le site www.internet.gouv.fr.

I : Le Conseil d'Etat appelle à la corégulation¹⁰⁸

Si le rapport du Conseil d'Etat n'a pas force de loi, il peut être évoqué pour tenter de convaincre les magistrats dans le prononcé de leur décision.

On entend par corégulation le fait d'appliquer les règles de droit actuelles adaptées au réseaux Internet, tout en demandant aux fournisseurs d'hébergement d'agir préventivement contre la commission d'infractions.

C'est ainsi que le conseil d'état s'est prononcé contre une responsabilité éditoriale concernant les hébergeurs.

En effet, les fonctions exercées sur le réseau, et notamment celle des fournisseurs d'hébergement ne peuvent se voir appliquer les règles en matière d'édition d'information. Dans la quatrième partie de son rapport, le CE, conclut donc que la responsabilité éditoriale n'est utilisable que lorsqu'il s'agit d'une activité éditoriale (auteur et éditeur du site web). Par conséquent, les personnes qui ne créent pas ou ne produisent pas de contenus ne seraient être tenues responsables, sauf "si elles ont agi en connaissance de cause et si elles n'ont pas accompli les diligences normales pour faire cesser le trouble causé au tiers".

Le Conseil d'Etat n'a fait que des propositions transversales concernant l'ensemble des problèmes que l'on peut rencontrer sur le réseau Internet. C'est ainsi qu'il prend position pour une responsabilité de droit commun pour les hébergeurs certes, mais tente de résoudre le problème en amont, en rendant les hébergeurs conscients des problèmes qu'ils risquent de rencontrer s'ils ne prennent pas tous les moyens pour vérifier la bonne moralité de leurs hébergés.

II: Les propositions de lois établies par les députés

Sensible aux problèmes de responsabilité des hébergeurs établis par les tribunaux français, nous avons sélectionné les trois projets de loi les plus intéressants venant modifier la loi du 30 septembre 1986.

Nous verrons que les deux premiers projets tentent de limiter la responsabilité des hébergeurs, le dernier étant celui qui transcrit au mieux la volonté des hébergeurs.

Les trois propositions sont transmises en annexes de ce mémoire.

A: Propositions faites par Alain MADELIN

Alain MADELIN a déposé une proposition de loi¹⁰⁹ instaurant un régime de non responsabilité pour les intervenants techniques sur Internet, quant au contenu.

Ce texte prévoit d'insérer un article 43-2 à la loi du 30 septembre 1986, ainsi rédigé :

¹⁰⁸ Voir l'article de Sylvie ROZENFELD, Expertises, *actualité*, octobre 1998, page 283.

¹⁰⁹ Voir, Expertises, *actualité*, responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet; avril 1999, page 85.

"Les personnes intermédiaires techniques, concourant à la mise en ligne sur les réseaux de télécommunications de services d'information, qu'ils soient transporteurs, fournisseurs d'accès ou fournisseurs d'hébergement, ne sont pas pénalement responsables des infractions résultant du contenu des messages diffusés par ces services de communication, sauf s'il est établi que ces personnes ont, en connaissance de cause, personnellement commis l'infraction, participé à sa commission où qu'ils n'ont pas accompli les diligences nécessaires à les faire cesser".

Pour appuyer sa position, Alain MADELIN, explique dans l'exposé des motifs de son texte, qu'un intermédiaire technique n'est pas plus responsable à l'égard des informations qu'il héberge que France Télécom pour les communications qu'il transporte ou encore La Poste pour les publications qu'elle achemine.

La proposition de ce député tend donc à limiter la responsabilité des intermédiaires, celle-ci serait mise en cause que lorsque l'hébergeur participerait activement à la commission de l'infraction ou lorsqu'il n'aurait pas agi promptement pour préserver le droits des tiers.

B: Propositions faites par Olivier de CHAZEAX

La proposition de loi faite par ce député a pour objectif d'organiser la responsabilité des professionnels de l'Internet, et plus spécialement celle des hébergeurs. Le dispositif de cette responsabilité établit le principe et les conditions de la responsabilité des hébergeurs.

A la différence de la proposition de Patrick BLOCHE (cf.infra), celle-ci met en place une obligation déclarative de l'hébergeur du site auprès du CSA. Cette déclaration consiste dans la déclaration de l'adresse du site hébergé et du nom du responsable éditorial.

L'objectif de cette déclaration est d'interdire à l'hébergeur de s'exonérer de ses responsabilités du seul motif qu'il ne peut connaître l'activité des auteurs des sites hébergés.

Sa responsabilité ne pourra donc être engagée que s'il n'a pas satisfait à cette obligation déclarative. Selon les hébergeurs cette déclaration des sites hébergés est inconcevable surtout en ce qui concerne le nombre de sites hébergés et inconcevable pour les sites amateurs soumettant du jour au lendemain la déclaration de leur site personnel¹¹⁰.

De plus la responsabilité de l'hébergeur pourra être engagée s'il n'a pas rempli l'une des trois conditions suivantes :

- 1) Il pourra être tenu responsable du contenu diffusé s'il n'a pas mis en place un procédé susceptible d'en restreindre l'accessibilité.
- 2) La responsabilité de l'hébergeur pourra être engagée lorsqu'il aura participé à l'élaboration du contenu diffusé.

¹¹⁰ Voir le site de la défaite de l'Internet, précité.

- 3) Pour finir afin d'éviter d'être tenu pour responsable, l'hébergeur devra mettre en place les moyens suffisants visant à garantir la conformité du message diffusé à la loi.

Par conséquent il a proposé d'inscrire un article 43-2 à la loi du 30 septembre 1986¹¹¹.

Cette proposition a des ressemblances avec la proposition faite par Alain MADELIN, maintenant on peut lui reprocher de ne pas être assez explicite sur les moyens qui devront être mis en place par les hébergeurs pour être en conformité avec la loi.

C: Propositions faites par Patrick BLOCHE

Le projet de loi proposé par ce député vise à insérer au titre II de la loi du 30 septembre 1986, un chapitre V, "dispositions relatives aux services en ligne autres que des correspondances privées".

Il propose un 43-1, dans lequel il dispose que les hébergeurs devront proposer un moyen technique permettant de sélectionner certains services.

On peut dire au regard de l'article 43-2 proposé, que l'hébergeur ne pourra plus être tenu responsable parce qu'il n'a pas a priori vérifié le contenu du site. De plus, après la constatation du fait illicite sur le site qu'il héberge il ne sera plus obligé de prendre seul la décision de fermer le site. Il ne devra censurer un site que s'il est saisi par une autorité judiciaire. La censure préventive par les hébergeurs n'aura plus raison d'être, si ce projet est accepté, ces procédures se feront plus que sous autorité judiciaire.

L'hébergeur ne sera, en l'espèce, tenu responsable que s'il a lui même contribué à la création du contenu illicite ou s'il n'a pas respecté l'injonction de justice autorisant la fermeture du site en question.

L'article 43-3, dispose que saisis par l'autorité judiciaire, les hébergeurs seront tenus de transmettre les éléments d'identification fournis par la personne ayant créé ce site au contenu troublant les droits des tiers.

Ce projet de loi est celui qui s'inscrit le plus dans les propositions faites par les défenseurs des hébergeurs. En effet, cette proposition est celle qui permettra aux hébergeurs de ne plus se substituer à la fonction publique, qui seule a autorité de désigner si une situation porte atteinte ou non aux droits des tiers.

De plus, en ce qui concerne l'identification des auteurs, les hébergeurs ne seront plus tenus de donner les fichiers concernant ces personnes sans que l'autorité judiciaire l'ait décidé, ce qui permet de remettre les choses en ordre afin d'éviter comme dans l'affaire Cyberlain que des forces de police obligent les hébergeurs à éteindre leurs ordinateurs. L'emploi de cette méthode a eu des conséquences très importantes pour les professionnels mis en cause concernant la continuité de leur

¹¹¹ Voir l'article proposé en annexe du présent mémoire.

activité par rapport à leurs autres clients hébergés qui eux n'avaient commis aucune infraction.

Ce projet est conforme aux attentes des hébergeurs. En effet, les hébergeurs refusent de s'assimiler à un directeur de publication mais plutôt au kiosquier à journaux. Comme nous l'avons vu plus haut, lorsqu'un journal comporte des informations au contenu illicite, le kiosquier ne peut pas être tenu comme responsable. Cependant s'il participe activement en se spécialisant dans la vente de magazines interdits ou s'il ne se soumet à une injonction judiciaire de retirer les magazines qui posent problèmes, il peut voir sa responsabilité engagée. Ne peut-on pas penser que Patrick BLOCHE, a établi son projet par analogie au régime de responsabilité du kiosquier ?

Si la propositions de Patrick BLOCHE permet la censure d'un site qu'après que l'hébergeur soit saisi d'une autorité judiciaire les propositions doctrinales favorisant l'autorégulation et le contrat avancent des atouts non négligeables pour préserver la relation contractuelle des hébergeurs.

Pour conclure on peut dire que ces différentes interventions démontrent une volonté de préserver les hébergeurs contre les auteurs des sites peu scrupuleux.

Section 2 : Les atouts des propositions doctrinales

A l'aube de l'an 2000, les juristes ont la lourde tâche d'appliquer notre droit actuel au nouvel outil qu'est Internet. Si comme nous l'avons déjà précisé le vide juridique n'existe pas. Au regard des contours de la responsabilité des hébergeurs les auteurs tentent d'apporter des solutions à ce problème afin que les droits des tiers face au contrat d'hébergement soient respecter.

C'est ainsi que pour clore notre développement nous avons établi la position dominante de la doctrine face à ce problème de responsabilité, et il nous a semblé intéressant de voir ce que prônaient les auteurs pour que les relations entre les différents acteurs (hébergeurs, hébergés, victime) du réseau Internet se passent le mieux possible.

§1 : La position dominante de la doctrine ou la condamnation en premier lieu de l'auteur du site

Si la commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme¹¹² semble être en faveur d'une forme de contrôle exercée par les hébergeurs et donc de procédures engageant leur responsabilité, la doctrine dominante estime que ces prestataires techniques ne devraient pas, a priori, être considérés comme responsables des contenus informationnels, conçus par d'autres acteurs de l'Internet qu'ils se limitent à héberger¹¹³.

¹¹² Voir avis du 14 octobre 1997.

¹¹³ Voir article de Marie-Emmanuelle BICHON-LEFEUVRE.

Pour préserver l'équité Marie-Hélène TONNELIER, prône un régime qui aurait pour effet de rendre responsable en premier chef les véritables auteurs de l'infraction, c'est à dire l'éditeur de contenu. En effet, ces éditeurs sont ceux qui décident délibérément du contenu offert au public. Cependant, elle estime, qu'il ne faut pas laisser les intermédiaires impunis dans le cas où l'auteur du site reste volontairement anonyme¹¹⁴ ou involontairement, dans le but de préserver la morale et le droit des tiers, surtout dans le cas où l'hébergeur avait eu connaissance du contenu avant.

La doctrine favorise en premier lieu, la condamnation de l'auteur du site illicite, cela ne pose pas de problèmes si l'auteur de l'information est identifié. Car l'auteur de ces contenus est évidemment le premier à devoir assumer cette responsabilité. Cependant la doctrine au regard du droit commun de la responsabilité civile renvoi au principe de hiérarchisation. Il conviendrait, uniquement en l'absence d'identification de l'auteur, laisser la victime tenter une action contre les personnes identifiables que sont les hébergeurs.

Cependant l'application de la responsabilité fondée sur la loi en matière de presse qui tend en premier à condamner le directeur de publication suscite des controverses et a été clairement réfutée dans le rapport du Conseil d'Etat.

C'est ainsi que nous retiendrons la solution proposée par le professeur Michel VIVANT¹¹⁵.

En effet, cette solution semble être la mieux adaptée à l'heure actuelle. Il estime que la responsabilité de l'hébergeur doit pouvoir être retenue en se basant sur un fondement tripartite, Pouvoir, Savoir, Inertie, ces trois conditions sont cumulatives.

Pouvoir, il faut, pour être tenu responsable, que l'hébergeur puisse agir, car s'il n'a pas d'intérêt à agir ou s'il ne peut pas agir il ne sera pas tenu comme responsable.

Savoir, il faut que l'hébergeur ait eu connaissance qu'il hébergeait un site au contenu illicite. Cette infraction pourra lui être signalée par le tiers, par un internaute averti ou grâce aux moyens techniques mis en place sur son serveur lui permettant de vérifier les contenus.

Inertie, l'hébergeur doit être tenu pour responsable s'il a fait le choix de ne rien faire, en laissant se dérouler les agissements illégaux stockés sur ses serveurs.

La doctrine propose donc des solutions intéressantes basées sur le droit commun de la responsabilité civile et pénale, cependant bien que la plupart des auteurs affirment que le droit actuel peut s'adapter aux problèmes juridiques liés au réseau Internet. La doctrine comme l'ensemble des intervenants au contrat d'hébergement sont dans l'attente d'une législation propre et spécifique délimitant les modalités d'application de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement afin d'améliorer les relations contractuelles entre les parties.

¹¹⁴ Reprendre les développements relatifs à l'affaire Altern où l'hébergeur mettait volontairement un espace à la disposition d'anonymes qui souhaitaient s'exprimer librement sur le net.

¹¹⁵ Professeur agrégé enseignant à l'université de Montpellier I.

§2 La doctrine en faveur des règles de bonnes conduites dans l'attente d'une réforme législative

Comme le projet de directive européenne et comme le rapport du conseil d'état, la doctrine française est favorable à l'application d'un système d'autorégulation¹¹⁶ régissant les relations des hébergeurs avec leur cocontractant, mais aussi dans leurs relations avec les tiers.

L'ancien ministre délégué aux Postes et aux Télécommunications, fut chargé de l'élaboration d'un code de bonne conduite officiel venant pallier les déficiences juridiques. C'est ainsi que "la charte de l'Internet" vu le jour en 1997, mais elle n'eût pas de répercussions positives de la part des hébergeurs, ce projet se voulaient peut-être trop centralisateur, et fut par conséquent ignoré.

Cependant la doctrine reste favorable à la mise en place de codes de conduite que les hébergeurs responsables et raisonnables s'engageraient à suivre. D'ailleurs le 17 novembre 1998 l'Association des Fournisseurs d'Accès a déjà créé un service sur lequel les internautes peuvent se plaindre des contenus des sites, et ils se sont engagés à suivre des règles de bonne conduite.

Par conséquent les auteurs français conseillent aux hébergeurs de se comporter en "bon père de famille" et de prendre toutes les précautions qui soient de nature à limiter le risque résultant de leur activité.¹¹⁷ C'est ce que l'on appelle le principe d'autorégulation¹¹⁸. Ce principe suppose que les acteurs demeurent libres d'adopter les règles qui leur conviennent le mieux en fonction de ce qu'il leur paraît raisonnable.

L'acceptation de l'autorégulation par les fournisseurs d'hébergement démontrera simplement la bonne volonté de respecter, ou de faire respecter, les règles déterminées. Le respect de ses normes pourrait engendrer un certain nombre de conséquences importantes.

Cela peut avoir des conséquences sur la responsabilité des hébergeurs, car lorsqu'un acteur prétend appliquer telle règle, on peut penser qu'il désire répondre de ses actes.

Lorsqu'un hébergeur accueille un site à vocation commerciale dans le cadre du commerce électronique cela peut avoir des conséquences positives, sur sa réputation lorsque l'on sait qu'il suit des règles d'usages instaurées dans un code de bonne conduite. Cela peut, comme nous l'avons déjà dit plus haut, renforcer la crédibilité auprès des futurs hébergés et inspirer la confiance.

Enfin l'application du principe d'autorégulation favorise les relations contractuelles entre les parties au contrat, conscientes des problèmes, elles s'engageraient

¹¹⁶ Voir le magazine Netsurf, avril 1999, chronique juridique, "Autorégulation un guide pour tous", page 16.

¹¹⁷ Voir article de Marie-Emmanuelle BICHON-LEFEUVRE, précité.

¹¹⁸ L'application de l'autorégulation fut élaborée par le centre de recherche en droit public de l'université de Montréal, et le CNRS. Cette opération vise à mettre au point une méthodologie d'élaboration des règles de bonnes conduites sur l'Internet. Selon Pierre TRUDEL, responsable du projet et professeur en droit des nouvelles technologies à l'UM, *il s'agit de rédiger un guide à l'attention des acteurs du réseau désireux d'élaborer des règles dans leur relation avec les utilisateurs.*

mutuellement dans un contrat, dans lequel l'activité du fournisseur et les obligations de chacune seraient clairement définies.

C'est ainsi que l'on peut affirmer que toutes ces propositions tendent vers une responsabilisation des hébergeurs, cependant, elle se fera toujours au travers des précautions prises par les parties en signant leur contrat, au regard du droit actuel et d'un comportement fondé sur la raison.

Pour conclure au regard de ces différentes propositions, parmi lesquelles certaines seront, peut-être, appliquées, un point semble toutefois acquis **"dans le cybermonde, le droit n'a aucune vocation à être virtuel"**.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages.

- P.REBOUL et D.XARDEL : Le commerce électronique, éditions Eyrolles, 1997.
- P.DEPREZ et V.FAUCHOUX : Lois, contrats et usages du multimédia.
- Droit de l'informatique et des réseaux, éditions Lamy, 1998.
- Formulaire, Droit de l'informatique, éditions Lamy, 1998.
- F.COLLARD DUTILLEUL et P. DELEBECQUE : Contrats civils et commerciaux, précis Dalloz, 3^e édition, 1996.
- JM. MOUSSERON : Technique contractuelle, édition Francis Lefebvre, 1992.

Articles, notes, rapports.

Sur la notion de contrat d'hébergement

- F.OLIVIER et E.BARBRY, les contrats entre les différents acteurs du multimédia "en ligne", *Légicom*, n°12, avril-mai-juin, 1996-55.
- Cahier Lamy droit de l'informatique n°94, juillet 1997.
- O.ITEANU, Les aspects juridiques du commerce électronique, *Droit et patrimoine*, n°55, décembre 1997.

Sur la responsabilité des hébergeurs.

- MH.TONNELIER, responsabilité de l'hébergeur, *doctrine*, *Expertises*, octobre 1998.
- Expertises*, *actualité*, Fermeture de 50% de sites diffusant des contrefaçons de Jean-Michel JARRE, décembre 1997.
- Expertises*, *actualité*, MADELIN, STRAUSS-KAHN, même combat, avril 1999.
- Expertises*, *actualité*, le Conseil d'Etat appelle à la corégulation, octobre 1998.
- Cahiers Lamy droit de l'informatique, n°114, mai 1999, dossier spécial, responsabilité des hébergeurs.
- Cahiers Lamy, responsabilité du fournisseur, n°111, février 1999.
- Expertises*, *références*, le fournisseur d'hébergement, responsable du contenu, août-septembre 1998.

Thibault VERBIEST, Quelle responsabilité pour les acteurs d'Internet, L'Echo, le 21 mars 1999, www.juriscom.net.

Sylvie ROZENFELD, l'UEJF assigne l'auteur au fond, Expertises, actualité, mai 1997.

Thibault VERBIEST, la responsabilité pénale des hébergeurs, nouvelle affaire, L'Echo, 1^{er} mars 1999.

Cahier Lamy, droit de l'informatique, la responsabilité des prestataires techniques sur Internet, janvier 1999.

Dalloz Affaires, propriété intellectuelle, responsabilité des fournisseurs d'hébergement, n°135, jeudi 22 octobre 1998.

Barbie s'attaque aux hébergeurs de sites irrespectueux de son image, expertises, actualité, février 1998.

Expertises, références, mars 1999.

Expertises, actualité, la responsabilité du fournisseur d'hébergement en question, juin-juillet 1997.

Sur la régulation du réseau Internet,

Lionel THOUMYRE, Autorégulation un guide pour tous, Netsurf n° 37, avril 1999.

Sur la liberté d'expression sur Internet

Nicolas COURTIER, Internet, le droit et la liberté, Expertises, tribune, avril 1999.

Stéphane LILTI, pour faire barrage à l'indignité "on-line", Expertises, interview, juin 1998.

Sites web,

www.altern.org,
www.France-internet.fr,
www.fth.fr,
www.juriscom.net,
www.legalis.net,
www.vip.fr,
www.fgassocies.com,
www.celoq.fr,
www.defaite-internet.fr,

Les rubriques suivantes ont été consultées :

Des textes de références, la disparition des hébergeurs francophones, réponse à Me BITOUN, l'hébergeur est-il responsable, les propositions, le vide juridique n'existe pas, qu'est-ce qu'un hébergeur, (oui oui oui) trois fois oui.