

L'évolution du statut légal des intermédiaires d'Internet

Réflexion sur l'application économique du droit de la responsabilité

Nouvelle version

Marine Lefort

Avril 2012



Chaire ParisTech d'Economie des Médias et des Marques

Cerna, MINES ParisTech

Tél. : 33 (1) 40 51 90 36

marine.lefort@mines-paristech.fr

Sommaire

Introduction	3
Encadrement légal et statut.....	4
Naissance d'une réglementation spécifique	4
La fonction d'hébergement.....	5
Réglementation en vigueur : le droit de la responsabilité civile.....	5
L'évolution de la jurisprudence : une remise en question du statut d'hébergeur ?	7
Exemples de cas de jurisprudence récents.....	7
Conséquences	8
Analyse économique du droit de la responsabilité	10
Littérature	10
Définition économique du droit de la responsabilité.....	10
Modélisation économique de l'incertitude	12
Cadre initial	12
Questions économiques	13
Conclusion	14
Références	16
<u>Annexe 1 : Récapitulatif de quelques cas de jurisprudence depuis 2010</u>	18

Introduction

Le 12 juillet 2011, la Cour européenne de justice (CJUE), a condamné le site de vente sur Internet, eBay, pour avoir mis en ligne des produits contrefaits de la marque L'Oréal. Cette décision a ouvert un précédent dans la régulation de la responsabilité sur Internet.

En effet, depuis le début des années 2000, les Etats-Unis et l'Europe ont instauré, pour des sites Internet qualifiés d'hébergeurs, un système de responsabilité limitée (protection sous conditions), leur conférant un statut dérogatoire quant aux usages faits de leurs services. Jusqu'alors ce statut était relativement respecté et ne posait pas de problème d'interprétation dans son application. Cet arrêt, en suspectant un abus de cette fonction d'hébergement, ouvre une nouvelle voie dans la définition d'un intermédiaire de services d'Internet et dans l'ensemble des caractéristiques qui le définissent pour la loi.

Depuis deux ans, les condamnations d'acteurs de l'Internet pour cause de non respect du droit de propriété intellectuelle s'accumulent. S'agit-il d'une remise en cause des règles qui prévalaient jusqu'à présent ? En quoi ces décisions modifient-elles les stratégies d'acteurs protégés par le statut d'hébergeur ?

Les sites communément appelés intermédiaires d'Internet (et dont eBay fait partie) nous intéressent plus particulièrement. Cette catégorie est encore assez vague et la définition diffère selon les cadres juridiques. Nous retiendrons la définition de l'OCDE¹ qui sera appliquée dans la suite : un intermédiaire d'Internet est un site internet qui facilite les transactions entre des parties ou procure des services via Internet, basé sur le rôle d'un intermédiaire extérieur. Son but est d'héberger, transmettre, répertorier des contenus ou des services. Pour l'OCDE (2011), les intermédiaires de l'Internet recouvrent les catégories suivantes : les fournisseurs d'accès à internet (FAI), les sites hébergeurs, les moteurs de recherche, les intermédiaires de commerce en ligne, les systèmes de paiement en ligne, et les plateformes de discussion. Cette liste est non exhaustive, les intermédiaires étant aujourd'hui sans cesse plus nombreux, des innovations apparaissant quotidiennement.

Au plan économique, les intermédiaires sont identifiés comme des marchés à deux versants : ils font le lien et permettent des interactions entre, d'une part, des producteurs ou prestataires de services et, d'autre part, des utilisateurs finaux. Des externalités de réseaux existent entre ces deux parties, chacune ayant intérêt à la multiplication des interactions et du trafic.

Avec le déploiement d'Internet, l'essor des intermédiaires a engendré des externalités positives, des bénéfices croisés entre utilisateurs. Néanmoins, le contexte a changé et les externalités

¹ OECD, "The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives", (2011), OECD Publishing

négatives (usurpation d'identité, fraudes, capture de données personnelles, atteintes au droit de propriété intellectuelle, etc.) semblent se multiplier.

L'évolution du cadre d'Internet a conduit à une multiplication des acteurs présents sur le web et a contribué à leur décloisonnement le long de la chaîne verticale rendant les distinctions difficiles entre eux. On ne peut pas parler aujourd'hui d'une seule fonction de stockage, celle-ci se combinant avec d'autres. Au sein de la catégorie des intermédiaires, les hébergeurs figurent comme une activité connexe, associée à d'autres. L'évolution des décisions de justice les concernant et la récente position de la CJUE sur eBay, introduit une incertitude sur le champ d'application de leur statut, les intermédiaires d'Internet étant globalement soumis au droit de la responsabilité civile (en anglais « *tort law* »).

Cette note de recherche s'intéresse aux incidences économiques d'une évolution de la responsabilité des sites dits intermédiaires et plus particulièrement des hébergeurs dans la jurisprudence. Plusieurs questions se posent alors : quelle évolution dans le futur du statut d'intermédiaire ? Quels effets sur le caractère incitatif de la loi ? Quels effets négatifs possibles de cette situation ?

Nous présentons dans une première partie les spécificités légales des intermédiaires d'Internet, en insistant sur le caractère civil de la réglementation. Dans une deuxième partie, nous retraçons l'évolution de la jurisprudence et soulignons ses conséquences. Nous définissons ensuite le droit de la responsabilité civile et le traitement qu'en fait l'économie. Enfin, nous soulevons plusieurs questions économiques liées à cette incertitude.

Encadrement légal et statut

Naissance d'une réglementation spécifique

La volonté d'initier un régime particulier pour les intermédiaires techniques et de services vient d'un besoin de combiner à la fois une protection des œuvres qui soit acceptable pour l'industrie, et en même temps assez large pour favoriser l'investissement et l'innovation dans ce domaine.

C'est avec le développement des fournisseurs de service internet aux Etats-Unis durant les années 1990 (exemple d'AOL) que s'initie le questionnement du statut juridique de ces services. En 1995, toujours aux Etats-Unis, le cas Stratton Oakmont Inc vs. Prodigy Services est la première affaire qui reconnaît la responsabilité du rôle éditorial pour le signifiant mis en ligne. En 1996, la section 230 du Telecommunication Act introduit un degré de protection dans la mise en cause de la responsabilité des intermédiaires. Cette législation est améliorée avec la naissance de la notion de responsabilité limitée (« *safe harbour* ») dans l'intention d'éviter des effets néfastes sur l'innovation technologique. Cette législation est traduite aux Etats-Unis en

1998 par le Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Une régulation sur le même modèle s'étend à l'Europe avec en 2000 la directive européenne sur le commerce électronique (ECD).

Ces deux textes, bien qu'ils diffèrent sur certains points (mise en œuvre, champ d'application...), cherchent à réglementer tous les intermédiaires d'Internet, en instaurant la catégorie particulière d'hébergeur.

La fonction d'hébergement

Les textes de loi, aux Etats-Unis et en Europe, font référence à la fonction d'hébergement (stockage). Si la notion d'éditeur apparaît de plus en plus fréquemment dans les décisions de justice, elle sert en fait le propos de la défense permettant une opposition entre les deux fonctions d'hébergement et d'édition.

Ainsi un hébergeur est « étranger au contenu qu'il accueille ». Ce-dernier n'a donc, au sens restrictif, qu'une fonction de transmission du signe et constitue une sorte de plateforme technique. Tandis qu'un éditeur est « maître du contenu qu'il met à disposition »².

L'hébergement est donc une fonction qui vient s'empiler à d'autres. Le raisonnement doit donc être pensé en termes de fonctions et non de statuts. Pour autant l'hébergement n'est pas une fonction unique et il peut y avoir des qualifications complémentaires.

Les sanctions juridiques peuvent donc se porter sur les autres fonctions de l'intermédiaire technique.

Les intermédiaires créent, par leurs comportements, des externalités négatives envers des tiers : transmission de données trompeuses ou frauduleuses, infraction à la propriété intellectuelle...

Ces externalités sont à la croisée de plusieurs types de réglementation et donc de droit :

- le commerce électronique : la définition d'un tel commerce et des services de la société de l'information ;
- la responsabilité des prestataires intermédiaires et des hébergeurs sur Internet (ou droit de la responsabilité) ;
- le droit de la propriété intellectuelle : application du copyright, du droit des marques et des restrictions verticales associées.

Réglementation en vigueur : le droit de la responsabilité civile

Les textes de lois présentés encadrant ces sites intermédiaires font tous référence au droit de la responsabilité civile : le responsable du préjudice devant réparation à la victime. Le but étant aussi de faire internaliser par les différents acteurs les externalités négatives qu'ils peuvent causer.

²Michel Vivant, (2011), 2700 – « La fausse alternative : hébergeur-éditeur » in *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*

Aux Etats-Unis

Le DMCA, institue un régime particulier dit de « safe harbor » via le « Online Copyright Infringement Liability Limitation Act » (OCILLA) (titre II du DMCA). Mais en contrepartie les sites internet concernés doivent mettre en place un système de « notice and take-down » ; ainsi qu'un système d'éviction des coupables récidivistes. Le système de « notice and take-down », permet aux ayants droits de signaler des contenus illégaux aux sites qui les hébergent et ceux-ci doivent alors les retirer. L'intermédiaire peut bénéficier d'exemption si en contrepartie il coopère en cas d'infraction.

Ce système ne s'applique qu'à quatre catégories précises d'intermédiaires : les services de transmission de contenu, ceux qui mettent en mémoire et stockent de l'information, ceux qui hébergent directement du contenu posté par d'autres mais aussi les moteurs de recherche. Les sites éligibles doivent donc respecter la définition précédente d'intermédiaires de services sans retirer un bénéfice de l'exploitation de contenus sous copyright et en cas de notification retirer l'œuvre en cause.

En Europe et en France

En Europe, la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 (2000/31/CE), institue pareillement un statut dérogatoire d'hébergeur. Mais la procédure de « notice and take down » n'est pas obligatoire et est mise en place pays par pays (par exemple récemment implantée depuis 2011 en Espagne et en Italie)

Le DMCA est plus restrictive qu'en Europe pour les catégories de sites intermédiaires concernés : c'est une réglementation verticale qui est valable pour un domaine particulier (ici le copyright). Tandis que la directive européenne est plus horizontale dans la mesure où elle est spécifique à un acteur, mais s'applique à des domaines différents. Par exemple elle couvre les services de vente en ligne ce que ne fait pas la DMCA.

La distinction en France, sur Internet, des statuts d'hébergeur et d'éditeur prend sa source dans cette directive européenne et a été transposée dans le droit national par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004. Il s'agit de maîtriser le droit d'Internet et de le différencier de celui du droit de la communication. Cette loi fait, au contraire des textes cités avant, la différence entre un éditeur et un hébergeur. Un éditeur est une « personne qui édite un service de communication en ligne, à titre professionnel ou non, c'est-à-dire la personne qui crée ou rassemble un contenu qu'elle met en ligne »³.

³ LCEN (2004), Loi pour la confiance dans l'économie numérique

Comparaison internationale et évolution

Ce type de réglementation existe dans la plupart des pays développés. En Australie, le régime de responsabilité d'Internet s'applique surtout aux œuvres pornographiques. L'Islande, dans sa volonté d'être un lieu de protection du journalisme et des médias, inclut des règles de responsabilité des intermédiaires qui s'apparentent à celles de l'ECD.

Des techniques différentes de surveillance sont mises en place selon les pays : l'instrument de « notice and take down » est utilisé en Europe comme aux Etats-Unis. En Espagne, cette procédure a été étendue à l'ensemble des individus ou entreprises proposant des services sur Internet ainsi qu'aux fournisseurs d'accès (loi en vigueur à partir du 29 février 2012).

Des réflexions pour une amélioration, ou une extension des règles de responsabilité ont été menées. En effet les réglementations en vigueur ont été élaborées pour un contexte particulier de l'Internet qui ne cadre plus avec l'évolution du « web 2.0 » actuelle.

En France, le Sénat, a proposé dans un rapport en 2011, de créer un nouveau statut intermédiaire « d'éditeur de service », différent du pur éditeur ou de l'hébergeur, avec de nouvelles responsabilités : il aurait une responsabilité plus importante que l'hébergeur mais serait soumis au régime légal actuel de l'éditeur (obligation de surveillance) et pourrait retirer un avantage économique et commercial direct de l'information hébergée.

De plus, la Commission européenne, a présenté le 11 janvier 2011 un projet pour faire évoluer la directive ECD et dynamiser le commerce électronique. A ce titre une proposition pour une application plus large du « notice and take down » a été évoquée, incluant la possibilité d'une négociation directe entre hébergeurs et ayants droit.

L'évolution de la jurisprudence : une remise en question du statut d'hébergeur ?

Exemples de cas de jurisprudence récents

Depuis quelques années, l'interprétation du statut d'hébergeur se fait plus large et son application dans les tribunaux est soumise au contexte et à l'interprétation faite par les juges.

Les dernières décisions, en matière de responsabilité, prises depuis deux ans sont le reflet d'une diversité des cas, des décisions et de la montée de l'incertitude en matière de responsabilité. Plusieurs cas jurisprudentiels sont présentés pour mettre en évidence ces faits. On en rappelle quelques uns ici (résumé dans l'annexe 1), sur deux ans, pour montrer l'évolution de la jurisprudence. Sans prétendre à l'exhaustivité, on cherche ici à souligner les différences d'interprétation du régime de responsabilité limitée.

La décision de la Cour d'appel de Paris du 14 décembre 2011 est relatif au moteur de recherche Google. Ce-dernier y a été convaincu d'injures publiques par la compagnie d'assurance « Lyonnaise de garantie » via son outil *Google suggest*. En effet, un internaute tapant en requête le nom de cette entreprise se voyait suggérer la composition lexicale « Lyonnaise de garantie, escroc ». Google a été condamné à payer des dommages et intérêt à cette entreprise. La Cour n'a pas tenu compte du caractère automatique d'une telle association.

Le 12 juillet 2011, la CJUE a condamné eBay, pour avoir mis en ligne des produits L'Oréal contrefaits ou réservés au marché américain. La Cour a en effet considéré qu'eBay ne pouvait dans ce cas bénéficier du statut d'hébergeur puisque qu'il avait prêté une assistance technique en permettant la création de magasins en ligne. Ce dernier point s'est apparenté pour le tribunal à une connaissance du délit.

La Cour de cassation a reconnu le 17 février 2011 à Dailymotion le statut d'hébergeur, malgré sa poursuite par les ayants droit du film « Joyeux Noel » pour mis en ligne sans autorisation.

Dans l'affaire Tiscali media contre les éditions Dargaud, la Cour de Cassation n'a au contraire pas reconnu Tiscali comme un site hébergeur (14 janvier 2010). Dargaud poursuivait Tiscali média après que bandes dessinées sous copyright avaient été reproduites sur un site personnel hébergé par Tiscali. Dans ce cas, la présence de liens publicitaires sur ces mêmes pages a convaincu la Cour à ne pas accorder à Tiscali de statut dérogatoire.

Enfin, le 23 mars 2010, la CJUE, dans l'affaire opposant Louis Vuitton à Google AdWords, a tranché pour la non responsabilité de Google dans ce cas. Le fait de rechercher dans le moteur de recherche Google le nom de Louis Vuitton renvoyait à des liens publicitaires pour des produits contrefaits. La Cour a jugé que ces liens étaient générés automatiquement et ne pouvaient donc incomber directement à la responsabilité civile de Google. Dans cet arrêt, la Cour stipule qu'« une société ne peut être privée du régime de responsabilité aménagée de l'hébergeur au motif qu'elle retire un avantage commercial de son activité » ce qui s'oppose à la décision de la Cour de Cassation en France évoquée ci-dessus.

La diversité de ces exemples montre que les décisions concernant la responsabilité des intermédiaires sont bien souvent différentes et que la définition d'un hébergeur ainsi que celle de ses prérogatives varient : peut-il engendrer un revenu économique via des liens publicitaires, peut-il proposer une assistance ou un service technique ?

Conséquences

Deux courants se distinguent : une interprétation stricte du rôle d'hébergeur réduit à une simple prestation technique et une interprétation élargie basée sur de nouveaux critères, différents du simple stockage pour tenter de définir plus précisément la nature d'un hébergeur et s'adapter

aux évolutions en cours. Ainsi, la prise en compte du caractère commercial de l'activité d'un tel intermédiaire a été examinée. Mais la CJUE, dans un arrêt du 23 mars 2010, a reconnu que le fait de retirer un bénéfice économique ou commercial indépendant du simple stockage n'abolit pas pour autant le statut de responsabilité limitée de l'hébergeur.

L'interprétation de la responsabilité de l'intermédiaire, différente selon le contexte et la juridiction, crée de l'incertitude juridique : quel va être le régime appliqué dans les cas de futurs litiges ? Quels critères vont être retenus pour définir un hébergeur et le distinguer d'un éditeur ? Les intermédiaires — si cette catégorie se substitue à celle d'hébergeur — ne sont plus systématiquement protégés et leur statut peut être questionné. Une autre incertitude apparaît lors en cas de récidive à la mise en ligne d'œuvres ou d'informations litigieuses notifiées : faut-il de nouvelles notifications pour les faire retirer ou l'hébergeur doit-il les surveiller par lui-même ?

Là où la notion de responsabilité limitée avait été créée pour limiter les effets indésirables d'une responsabilité indirecte (inhibition de l'innovation et du développement de sites web), elle perd son attractivité et son bénéfice.

Une évolution de la loi peut se faire vers des dispositions plus larges pour englober les nouvelles techniques ou au contraire vers des cas plus spécifiques, essayant de créer des catégories strictes d'intermédiaires. Ces deux solutions ne réduiront pas l'incertitude pour autant. Le premier cas pourrait conduire à des interprétations diverses de la loi, tandis que le deuxième sera vite dépassé du point de vue technologique et ne pourra statuer sur une nouveauté.

On se retrouve alors dans un cas de loi incomplète (ou incertitude sur la loi) qui a, du point de l'économie, des conséquences similaires à l'incomplétude des contrats. Les juridictions autant que les intermédiaires ne peuvent anticiper leurs devoirs et peuvent avoir des interprétations différentes de leur rôle. Ainsi donc, suivant la définition de Pistor et Xu (2002), on dira que la loi a un caractère complet lorsque toute action potentiellement dommageable est spécifiée dans la loi sans ambiguïté. Au contraire, la loi sera dite incomplète lorsqu'elle n'est pas assez précise et ne prend pas en compte des actions qui peuvent s'avérer dommageables.

L'incomplétude engendre des effets sur l'incitation des ayants droits à engager des poursuites et sur celle des possibles responsables à prendre des précautions pour éviter les poursuites.

Analyse économique du droit de la responsabilité

Littérature

Les premiers travaux d'application économique du droit de la responsabilité civile ont été menés par Brown (1973), Shavell (1987), et Landes et Posner (1987). Ces travaux envisagent le cadre de plusieurs niveaux de responsabilité : stricte ou partagée. La notion de responsabilité est vue à travers celle du coût : une faute engendre des coûts comme l'indemnisation de la victime ou le coût du procès, et tout agent cherche à éviter d'avoir à payer ces coûts.

Deux résultats fondamentaux émergent de ces premières analyses : toutes les règles de responsabilité qui utilisent la notion de faute permettent aux protagonistes de réagir de manière efficiente sur leur niveau de précaution observable, quelle que soit la répartition de l'indemnisation entre la victime et le responsable (théorème d'efficience-équivalence de Landes et Posner). Le deuxième théorème, de Shavell, toujours dans le même cadre de recherche d'une faute, énonce que seul l'agent qui devra payer le coût de l'accident sera incité à avoir un niveau de précaution efficient sur les actions inobservables par les juges. D'autres travaux étendent le champ d'application du droit de la responsabilité : aux responsables qui ne peuvent indemniser les victimes financièrement (Summers, 1983), aux nouvelles règles (négligence comparative), à la réduction de l'espérance de perte par l'acquisition d'informations supplémentaires (Calabresi, 1970).

La question de l'incertitude de la loi provient de ce que la faute ne peut être déterminée avec certitude. Ce cadre vient surtout d'une application du cas d'incomplétude des contrats. Ce dernier point apparaît lorsque le contrat qui lie deux agents est mal défini et laisse la place à de l'incertitude, de l'aléa moral ou de la sélection adverse. La configuration contractuelle peut être appliquée à la loi (la loi est alors vue comme un contrat entre deux parties). Pistor et Xu (2003) utilisent la notion d'incomplétude de la loi pour l'appliquer aux marchés financiers et comparent l'efficience d'une simple loi ou la surveillance par un régulateur. Calfee et Craswell (1984) montrent que l'incertitude de la loi mène à une modification des comportements et à une prise de précaution sur ou sous-optimale.

Définition économique du droit de la responsabilité

Le droit de la responsabilité civile vise à définir la responsabilité et à fournir un cadre juridique pour régler des conflits. Il se différencie du droit de la propriété qui permet une négociation de ce droit pour établir une transaction. Son effet est double : permettre l'indemnisation d'une victime potentielle et être assez incitatif pour que les agents économiques internalisent les coûts des dommages qu'ils pourraient causer. L'économie et le droit se rejoignent dans la recherche d'un comportement efficient qui minimiserait le coût social d'un éventuel dommage via

l'internalisation des risques ou, du moins, du coût du risque.

Sa modélisation nécessite qu'il y ait un dommage et donc, une victime et un agresseur, une cause et une faute (responsabilité). La « tort law » vise à amener tous les agents à mesurer leur comportement. Le jugement se fait selon différentes règles de responsabilité.

Il existe plusieurs règles de responsabilité et de mise en cause d'un éventuel fautif dans la modélisation économique de la responsabilité civile. Elles peuvent faire référence à un niveau d'action et de précaution considéré par le juge comme optimal (« norme » de faute) : on parle alors de négligence ou de faute lorsqu'il y a un dommage et que ce niveau n'est pas respecté. Ces différentes règles n'ont pas toutes le même pouvoir incitatif sur les agents, selon qu'ils sont victimes ou coupables, sur le niveau de précaution qu'ils sont prêts à couvrir, ni sur la manière dont ils vont internaliser les éventuels coûts et bénéfices de leur action :

- La non-responsabilité implique que la victime est toujours perdante puisqu'elle doit supporter le coût de l'accident. Le responsable n'est jamais obligé de payer des dommages.
- Dans le cas d'une responsabilité stricte ou totale, seul l'agent ayant causé les dommages indemnise la victime quels que soient les agents en faute.
- La négligence simple implique que le responsable doit indemniser la victime seulement s'il est reconnu coupable de négligence, c'est-à-dire quand il n'a pas pris le niveau de précaution requis par le juge.
- La négligence contributive : la victime et le responsable peuvent être accusés de négligence simultanément. La victime ne recevra alors pas de compensation si les deux agents sont considérés comme négligents.
- La négligence comparative : si les deux agents sont considérés comme négligents alors la perte est divisée entre les deux selon leur degré de négligence.

Les actions des protagonistes sont divisées entre celles inobservables, que l'on appelle à la suite de Shavell le niveau d'activité (le nombre de fois ou l'action est répétée) et celles observables, le « care » (vigilance), sur lesquelles va raisonner le juge. Aucune règle de négligence ne sera assez incitative pour que les deux protagonistes se comportent de manière efficiente dans leurs activités inobservables. Dans tous les cas, la justice ne pouvant observer ce type d'activités et prendre ses décisions selon ce seul critère, les protagonistes ont intérêt à reporter leur attention sur leur niveau de « care » et non d'activité : par exemple, un automobiliste sera jugé sur son action au moment de l'accident (respect code de la route) et non sur le nombre de fois ou il a pris sa voiture dans la journée.

Le droit appliqué aux intermédiaires d'Internet est celui de la responsabilité civile. Plus précisément, il s'agit de l'application d'une règle de négligence simple : un intermédiaire est

condamné s'il est possible de prouver qu'il a commis une faute ou qu'il n'a pas fait montre de vigilance suffisante pour éviter celle-ci.

Modélisation économique de l'incertitude

Cadre initial

La modélisation de la responsabilité civile et de la règle de négligence passe par le niveau de « care » qui détermine le degré de responsabilité choisi par le protagoniste du dommage (réduction de la possibilité d'accident). C'est par l'internalisation du coût du dommage et de possibles poursuites que les agents décident de leurs actions et de leur degré de vigilance. La loi est ici un moyen d'internaliser les externalités de toutes ces actions.

La notion économique de ce que l'on nomme négligence a été modélisée par le juge Learned Hand en 1947, lors du procès *United States vs Carroll Towing Co.* (formule de Hand). La négligence est une fonction de la probabilité d'un accident (lié à sa répétition) (P), la gravité du dommage (L) et le coût de la précaution pour éviter un accident (B). Selon la formule, une action est dite négligente si le coût de la précaution est inférieur à la gravité du dommage par sa probabilité : $(B) < (PL)$.

La faute est déterminée par le législateur. Ce dernier fixe alors un niveau de « care » qui est optimal à ces yeux (« due care ») \tilde{x} . Le responsable est désigné comme négligent et donc coupable si le niveau de précaution qu'il a choisi est inférieur à celui déterminé par le législateur : si $x < \tilde{x}$ alors l'agent est déclaré coupable et doit indemniser la victime, si $x > \tilde{x}$ alors l'agent n'est pas poursuivi. Dans le cas d'une information parfaite et de la minimisation du risque (cadre où le droit de la responsabilité joue pleinement son rôle incitatif), le niveau de précaution de l'agent correspond au niveau fixé par le législateur. Dans un cas sans incertitude et/ou sans règle de responsabilité limitée, le potentiel coupable va choisir son niveau de « care » x qui minimise le coût probable du dommage : $p(x)H + c(x)$ avec $p(x)$ la probabilité du dommage, H le coût du dommage infligé, et $c(x)$ le coût du niveau de x . Quand la loi est bien définie (peines et probabilité d'être puni suffisamment importantes), les agents savent exactement quel niveau de précaution prendre.

Pour introduire la notion de responsabilité limitée qui s'applique aux hébergeurs, on peut considérer que le coût du dommage à payer n'est plus H mais $cH < H$, autrement dit que l'indemnisation versée aux victimes sera toujours inférieure au montant réel du préjudice subi.

Le possible coupable (par exemple, un site hébergeur ne respectant pas le copyright) adopte un niveau de *care* de x avec un coût $c(x)$. L'incertitude qu'introduit la jurisprudence se situe au niveau de \tilde{x} . On peut modéliser cette incertitude en introduisant une probabilité q , pour que le

comportement soit considéré comme celui d'un hébergeur ou pas, ainsi que la probabilité d'être puni.

Le déroulement de l'action entre le juge et l'hébergeur, en présence d'incertitude et conduisant à l'application de la loi est le suivant :

- 1- La règle de responsabilité entre en vigueur
- 2- L'ensemble des intermédiaires d'Internet prend connaissance de la règle
- 3- Ils choisissent un comportement : enfreindre ou ne pas enfreindre en tenant compte de l'incertitude de la sanction
- 4- Celui-ci peut être observé par le juge et les ayants droit qui peuvent décider de poursuites
- 5- Si des poursuites sont engagées, la sanction dépend du degré d'incertitude dans l'application de la loi.

Pour que la victime (ayant-droit), se lance dans des poursuites il faut que l'utilité attendue du procès soit supérieure à son coût. Le résultat étant incertain, il est n'est pas sûr qu'elle ait gain de cause ; la probabilité de poursuite et d'application de la loi elle-même diminue. Du point de l'hébergeur, l'infraction à la loi est bénéfique s'il sait que le coût de possibles poursuites sera inférieur au bénéfice qu'il peut retirer de l'infraction au copyright. La jurisprudence du droit de la responsabilité permet ainsi un réglage fin du niveau de vigilance imposé aux intermédiaires.

Questions économiques

Ce cadre économique comprend trois acteurs différents : le législateur ou le juge, les ayants droit qui peuvent constater une infraction et un site hébergeur qui peut choisir d'enfreindre la loi, c'est-à-dire héberger des données sans autorisation, avec la possibilité d'être poursuivi et appelé en dommages et intérêts.

L'incertitude sur la valeur du « due care » a plusieurs conséquences qui nous intéressent ici et qui pourraient être modélisées.

Premièrement, elle porte sur le niveau de responsabilité pris par le protagoniste, ou comment l'incertitude est internalisée et se traduit dans son comportement. Le fait de méconnaître les conséquences de son acte (car elles sont imprévisibles) peut le contraindre à prendre un niveau de précaution trop élevé ou, au contraire, à enfreindre la loi en se disant qu'il a peu de chances d'être puni (niveau de précaution sous-optimal). Craswell et Calfee (1984), mettent en évidence deux effets contraires de l'incertitude de la loi : il y a plus de chances de ne pas être puni si l'on enfreint la loi, ce qui incite à moins de vigilance. Ce second effet est une externalité puisqu'il accroît la probabilité de ne pas être tenu responsable du coût social de son comportement. Il serait intéressant de voir quel effet va dominer.

Deuxièmement, ce comportement a des conséquences en termes de bien-être social (l'utilité de l'ensemble des agents impliqués). L'incertitude sur l'application de la loi conduit-elle à une augmentation de ce bien-être (coût/bénéfice de la prise de risque) ?

Enfin, l'effet de l'incertitude selon que les externalités attendues des intermédiaires sont positives (abaissement des coûts de transaction) ou négatives (dommages causés aux tiers) ne sera pas le même. On peut s'attendre qu'en cas d'anticipations d'externalités positives, l'incertitude pèse moins sur les décisions des parties, et soit moins prise en compte. On peut enfin ajouter que l'incertitude dans l'interprétation de la loi a un effet sur l'innovation : plus de risque peut inhiber certaines innovations, ou orienter celles-ci vers la réduction du risque juridique.

Conclusion

L'extension de la notion d'intermédiaire d'Internet recouvrant l'activité d'hébergeur est un sujet très actuel que nous continuons d'étudier. Doit-on établir une désignation spécifique des agents, faut-il modifier la législation ? On a vu que l'application de la loi était soumise aux interprétations du juge en matière de définition et de responsabilité. Le cas récent de la fermeture de « Megaupload » et l'arrestation de son fondateur montre aussi que le droit pénal peut être appliqué dans certains cas extrêmes.

Ces questions s'inscrivent dans le cadre plus large du droit de la responsabilité civile et de son pouvoir incitatif. Ce thème intéresse depuis longtemps les économistes qui ont essayé de le modéliser et d'étudier, d'un point de vue économique, les conséquences de ces règles sur le comportement des agents, leurs coûts, leurs bénéfices, et le bien-être social résultant. L'ambiguïté du statut d'hébergeur conduit à introduire une autre variable : l'incertitude sur l'application de la loi. Cette situation ouvre un axe de recherche original : l'analyse économique des effets de l'incomplétude de la loi sur les comportements et les actions des hébergeurs.

Des solutions ont été suggérées pour tenter de préciser davantage le cadre législatif. Mais le risque est de créer une législation qui serait, soit trop spécifique, soit trop large, et qui, dans tous les cas, ne saurait échapper au possible contournement par le progrès technique.

Une autre dimension est celle d'une harmonisation plus systématique de la surveillance des intermédiaires. Là encore, il existe des obstacles : il est utopique d'envisager une législation mondiale (comparable aux traités commerciaux) car les systèmes de droit et le traitement de la responsabilité civile diffèrent selon les pays.

On peut imaginer qu'un des risques de la situation actuelle soit l'émergence de « paradis légaux » protégeant l'irresponsabilité des intermédiaires grâce à l'enregistrement de noms de domaines hors d'atteinte des poursuites judiciaires...

Références

- Brown, John Prather (1973), "Toward an Economic Theory of Liability", *Journal of Legal Studies*, 323-350
- Calabresi, Guido (1970), "The Costs of Accidents. A legal and Economic Analysis", Yale University Press
- Calfee, John E. and Craswell, Richard (1984), "Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standard", *70 Virginia Law Review* 965
- Calfee, John E. and Craswell, Richard (1986), "Deterrence and Uncertain Legal Standards", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol 2, No 2
- Deffains, Bruno and Fenoglio, Philippe (2001), "Economie et ordre juridique de l'espace virtuel", *Revue économique*, 2001/7 vol 52
- Demsetz, Harold (1967), "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, Vol 57, No 2
- Landes William M. and Posner, Richard A. (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press
- Landes William M. and Lichtman, Douglas (2003), "Indirect Liability for Copyright Infringement : Napster and Beyond", *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 17, No. 2
- OECD, "The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives", (2011), OECD Publishing
- Pistor, Katharina and Xu, Chenggang (2004), "Incomplete Law", *Journal of International Law and Politics*, Vol.35:931
- Pistor, Katharina and Xu, Chenggang (2003), "Law Enforcement under Incomplete Law: Theory and Evidence from Financial Market Regulation", mimeo, HKU
- Shavell, Steven (1987), *Economic analysis of accident law*, Cambridge (MA), Harvard University Press
- Shavell, Steven (2007), "Liability for accidents" in *Handbook of Law and Economics*, Volume 1, Edited by A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell
- Summers, John (1983), "The Case of Disappearing Defendant: An Economic Analysis", *132 Pennsylvania Law Review*, 145-185

Références juridiques

Terré F., « Etre ou ne pas être responsable... A propos des prestataires de service par Internet ».

La semaine juridique, n°43-44 - 24 Octobre 2011

Vivant, Michel (2011), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy

Loi pour la confiance dans l'économie numérique (n°2004-575), du 23 juin 2004

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

The Digital Millennium Copyright Act of 1998 (*Etats-Unis*)

Annexe 1 : Récapitulatif de quelques cas de jurisprudence depuis 2010

Année	Cas	Autorité	Faits	Décision	Justification
14-déc-11	google suggest/Lyonnaise de garantie	Cour d'appel de Paris	Google poursuivi pour avoir insulté la compagnie Lyonnaise de garantie via son outil de recherche google suggest.	Condamnation , non hébergeur	Google considéré comme une personne morale. Caractère automatique de la génération des mots clés non pris en compte.
12-juil-11	L'Oréal/eBay	CJUE	eBay responsable de la mise en ligne de produits contrefaits de la marque L'Oréal en Angleterre.	Condamnation	eBay a connaissance du contenu litigieux puisqu'il prête un support technique de vente en ligne.
17-févr-11	Dailymotion	Cour de cassation	Les ayants droits du film "Joyeux Noel" poursuivent Dailymotion pour non respect du droit d'auteur.	Pas de condamnation , hébergeur	Reconnaissance du statut d'hébergeur.
23-mars-10	Google adwords/LV	CJUE	Google accusé de contrefaçon pour les liens publicitaires via Adwords qui renvoyaient à des produits contrefaits de Louis Vuitton.	Pas de condamnation , Hébergeur	Non coupable : service de référencement comparable à un statut d'hébergeur car il n'a pas joué un rôle actif dans le stockage des données.
14-janv-10	Tiscali media/Dargaud	Cour de cassation	Tiscali poursuivi par Dargaud pour reproduction de pages de BD sans autorisation sur un site personnel hébergé par Tiscali média.	Condamnation , non hébergeur	Tiscali non reconnu comme simple hébergeur car gestion sur ses pages d'espaces publicitaires qui excède les simples fonctions techniques de stockage.