

Département Propriété intellectuelle / TIC / Médias

Thème du mois : Condamnation de Facebook en sa qualité d'hébergeur

Facebook, Le célèbre réseau social vient d'être condamné, par le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris le 13 avril 2010 à raison de contenus illicites qu'il hébergeait.

L'Evêque de Soissons contestait en effet la présence sur le site d'une photographie le représentant, mise en ligne sans son consentement, sur une page intitulée « Courir nu dans une église en poursuivant l'Evêque », ainsi qu'un certain nombre de commentaires peu amènes à son égard.

Conformément à l'article 6-1 de la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique du 21 juin 2004 le demandeur avait adressé une notification, par LRAR, à Facebook afin d'en obtenir le retrait de la photographie et des commentaires contestés.

Face à l'inaction de la plate-forme communautaire, il a saisi en référé le TGI sur le fondement, d'une part, de l'article 9 du Code civil relatif au droit au respect à la vie privée et au droit à l'image et, d'autre part, des articles 29 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 incriminant respectivement l'injure publique et la provocation à la haine et à la violence à l'égard d'une personne à raison de son appartenance à une religion. L'Evêque demandait au juge des référés d'enjoindre le réseau social à retirer la photo litigieuse et à communiquer toutes les informations en sa possession permettant d'aider à identifier les auteurs des propos malveillants qui ont été postés sur la page litigieuse.

Après avoir retenu, sur le fondement de la LCEN, la qualification d'hébergeur, le juge des référés a ordonné sous astreinte, à Facebook le retrait des contenus litigieux ainsi que la communication des éléments permettant l'identification de leurs auteurs.

Le principal apport de cette décision se situe dans l'application à Facebook du statut d'hébergeur. De prime abord, cette solution pourrait paraître logique puisque Facebook joue a priori un rôle passif, n'opérant aucune sélection des contenus à même de la transformer en éditeur et qu'en vertu de la LCEN, dans ce cas, la responsabilité de l'hébergeur n'est susceptible d'être engagée que si après qu'un contenu illicite lui ait été notifié, il n'agit pas promptement pour retirer ledit contenu ou en rendre l'accès impossible.

Cependant au regard des décisions récentes des tribunaux français cette ordonnance qualifiant Facebook d'hébergeur peut surprendre.

En effet, le TGI de Paris, dans un jugement du 12 mars 2010 a jugé que les sociétés, proposant une plateforme d'intermédiation pour la vente et achat de noms de domaine avec un service de parking de noms de domaine qui permet aux titulaires des noms de domaine de choisir des mots clefs générant des liens commerciaux, n'était pas un hébergeur pouvant bénéficier du régime de responsabilité limitée, prévu par la LCEN, mais un éditeur.

Pour le Tribunal, l'activité des sociétés en cause ne se limitait pas à un simple stockage des informations : il a notamment retenu pour le service de parking des noms de domaine, que les sociétés ont une activité déterminante au vu de l'exploitation commerciale des pages litigieuses qui permet aux sociétés de percevoir « des annonceurs une rémunération sur les liens publicitaires qui y apparaissent de telle manière que la pertinence des choix opérés dans la sélection des mots-clés revêt pour elle un intérêt commercial direct, ce quand bien même cet intérêt commercial s'est en l'espèce avéré minime ».

De même, la Cour de cassation a approuvé dans son arrêt du 14 janvier 2010, l'arrêt de la Cour d'appel qui avait retenu que Tiscali média n'était pas en mesure de se prévaloir de la responsabilité limitée d'hébergeur en raison du fait qu'elle exerçait une fonction éditoriale des pages personnelles, en permettant à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et en proposant aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion.

A l'inverse, dans son arrêt du 14 avril 2010, à l'occasion d'un litige opposant Dailymotion aux humoristes Omar et Fred, les Magistrats ont estimé, pour exclure la responsabilité du site en tant qu'éditeur, que le service proposé n'avait ouvert aux annonceurs que les seules pages d'accueil et les cadres standards d'affichage du site, à l'exclusion des pages personnelles des utilisateurs et que « le service n'est pas en mesure d'opérer sur les contenus mis en ligne un quelconque ciblage publicitaire de manière à tirer un profit d'un contenu donné et à procéder par là même à une sélection de ces contenus qui serait commandée par des impératifs commerciaux ».

Se dessine ainsi une nouvelle orientation jurisprudentielle faisant de la publicité non ciblée un critère excluant la qualification d'hébergeur.

En définitive, lorsque le prestataire se contente de vendre un espace publicitaire sans aucune corrélation avec le contenu hébergé ou le profil de ses membres, sa responsabilité d'éditeur ne saurait être mise en cause. A l'inverse, s'il choisit sciemment d'adapter la nature des publicités affichées en considération des données hébergées, il s'expose à voir sa responsabilité engagée en tant qu'éditeur.

Cette distinction a le mérite de la clarté et permet de mieux appréhender l'activité des acteurs du web 2.0 dont les services sont essentiellement financés par la publicité.

Or le système de publicité mis en place par Facebook est un système de publicité ciblée payant au clic ou à l'impression, présentant un intérêt commercial pour Facebook.

Au regard de la jurisprudence qui considère que la publicité ciblée constitue un élément déterminant pour retenir la qualification d'éditeur, le système de placement publicitaire personnalisé de Facebook pourrait désormais représenter une difficulté tout aussi sérieuse que la problématique liée à la protection de la vie privée et des données personnelles du célèbre réseau social.

Actualités

■ Le droit *sui generis* du producteur de base de données à l'épreuve du droit de la concurrence

Les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence procèdent de deux logiques distinctes dont la conciliation est souvent complexe. Dernière illustration en date avec un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mars 2010.

La Haute juridiction met ici un terme à une longue procédure ayant opposé une société de prospection téléphonique à France Télécom. La première invoquait un abus de position dominante de la part de l'opérateur historique, tandis que ce dernier se retranchait derrière le droit *sui generis* dont il dispose sur la base de données servant d'assise à son annuaire, pour en refuser la consultation et l'utilisation à des fins commerciales.

La Cour fait droit à la demande de France Télécom en soulignant « l'effort d'investissement » réalisé par la constitution de sa base et de nature à caractériser un droit *sui generis* sur ladite base conformément à l'article L.341-1 du Code de la propriété intellectuelle. Aussi l'entreprise ne pouvait utilement faire valoir que l'annuaire constituait une facilité essentielle et fut condamnée à réparer le préjudice consécutif à une extraction non autorisée.

La Cour affirme néanmoins que le fait de soumettre l'accès à la base au paiement d'un prix excessif peut révéler un abus de position dominante contraire aux règles qui régissent le droit de la concurrence. L'équilibre auquel il est aboutit permet ainsi de prévenir toute velléité de pillage des bases de données (sous réserve qu'elles soient protégeables), tout en réservant la faculté d'y accéder en contrepartie du paiement d'un juste prix.

■ Distribution sélective et industrie du luxe

La Commission Européenne a adopté le 20 avril 2010 un règlement concernant les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services, confortant en cela les entreprises dans la liberté de choix de leur mode de distribution, notamment en matière de vente en ligne. Une réglementation peu favorable aux intérêts des *pures players* à l'image d'Ebay ou de Priceminister, mais qui intéressera particulièrement les entreprises de l'industrie du luxe, puisqu'elle valide leur stratégie visant à accentuer leur emprise sur leurs canaux de distribution. La faculté d'exiger de leurs distributeurs de disposer de points de vente physiques est maintenue, pour autant qu'ils ne détiennent une part de marché supérieure à 30 % et leurs accords de distribution ou de fourniture ne doivent pas inclure de restrictions de concurrence caractérisées, telles que la fixation du prix de vente ou le rétablissement d'obstacles au marché unique.

L'objectif recherché est de permettre aux industriels d'éviter de voir leurs produits distribués dans des conditions attentatoires à leur image. Dans ce contexte, la Cour a été amenée à se prononcer sur le point de savoir si la commercialisation de produits en dehors des circuits de distribution agréés pouvait être assimilée à un usage illicite de marques.

Dans les faits de l'espèce, une société avait acquis auprès d'un distributeur agréé faisant l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire des produits cosmétiques et de parfumerie, et les avait ensuite proposés à la vente en dépit de l'existence de mentions apposées sur les articles prohibant explicitement une telle revente.

La Cour accueille favorablement la demande de condamnation pour usage illicite de marques et rejette l'argumentation de la défenderesse tendant à faire constater l'épuisement du droit des marques prévu à l'article L.713-4 du Code de la propriété intellectuelle, faute pour celle-ci d'avoir rapporter la preuve du consentement du titulaire de la marque à la mise sur le marché de ses produits en dehors du périmètre de son réseau de distribution sélective.

Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation par un arrêt du 23 mars 2010 qui énonce que « l'usage illicite de marques ne peut résulter du seul fait de commercialiser des produits authentiques relevant d'un réseau de distribution sélective dès lors qu'il est constaté que leur première mise en circulation en France s'est faite avec l'accord du titulaire de la marque et qu'ils ont été régulièrement acquis par le revendeur poursuivi. ».

En conséquence de quoi, la mise sur le marché de produits authentiques par un distributeur non agréé est insuffisante pour caractériser la contrefaçon de marque. Il importe que son titulaire rapporte l'existence de faits légitimes lui permettant de s'opposer à une nouvelle

commercialisation des produits en question. Il en sera ainsi lorsque le revendeur propose les produits dans des conditions de nature à ternir l'image de la marque et le prestige qui lui y est associé.

■ HADOPI : les derniers écueils

L'avènement de l'HADOPI s'apparente à un véritable chemin de croix. Ainsi, après un premier vote négatif de l'Assemblée Nationale et deux censures partielles prononcées par le Conseil constitutionnel, voici que la Haute autorité doit faire face à un recours en annulation à l'encontre du décret 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L.331-29 du Code de la propriété intellectuelle.

Le recours, déposé par le fournisseur d'accès FDN (French Data Network), se fonde pour contester la légalité du décret, sur l'article L. 36-5 du Codes des Postes et Communications Électroniques, qui impose une consultation préalable de l'ARCEP s'agissant de tout projet de loi ou de décret touchant au secteur des télécoms. Or, le décret a été édicté par le Gouvernement sans recueillir l'avis de l'ARCEP et serait par conséquent, selon les requérants, entaché d'un vice de forme.

Une éventuelle annulation aurait pour effet de retarder la mise en place de la procédure d'envoi de courriels à l'attention des contrevenants alors même que le Gouvernement entendait mettre en place le dispositif dès le mois de juillet 2010.

A cet égard, la collecte des adresses IP demeure encore suspendue à une autorisation de la CNIL. Conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009, la Commission devra en effet vérifier que les traitements de données requis par les ayants-droits seront mis en œuvre de manière proportionnée à leur finalité.

Les obstacles qui se dressent sur la route de l'HADOPI sont également d'ordre technique. Un procédé de dissémination de fausses adresses IP sur les réseaux P2P a fait son apparition. Il s'agit d'un programme baptisé « Seedfuck » qui a pour but de générer une multitude d'adresses IP aléatoires afin de fausser la collecte, au risque cependant d'injecter des adresses innocentes auxquelles on ne peut reprocher aucun partage illicite. A l'heure actuelle, aucune parade n'existe, de quoi sérieusement remettre en cause la fiabilité de l'adresse IP en tant mode de preuve.

Le nécessaire recours à l'adresse IP afin de matérialiser le délit de négligence caractérisée prévu à l'article L.335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle limite par ailleurs le champ d'action de la Haute autorité. Un certain nombre de techniques alternatives de téléchargement (*direct download, newsgroup, streaming...*) ne supposent en effet aucune circulation « visible » de l'adresse IP, la communication entre l'internaute et le serveur sur lequel est hébergé le contenu contrefaisant étant entièrement anonyme. Sans adresse IP, c'est pourtant tout l'arsenal répressif mis en place par l'HADOPI qui se retrouve paralysé.

L'unique moyen d'éluder cette difficulté consiste pour les titulaires des droits à saisir le juge des référés sur la base de l'article L.336-2 du Code de la propriété intellectuelle aux fins d'obtenir notamment le blocage des sites auprès des FAI afin de tarir les sources rendant possible le téléchargement illégal. Une voie non encore explorée mais qui sera probablement amenée à se développer à court terme...A noter, une avancée déterminante : c'est la parution du décret du 25 juin 2010 définissant ce que sont la négligence caractérisée et le moyen de sécurisation.

C'est le juge qui déterminera si les conditions sont réunies pour appliquer les sanctions prévues sachant que l'abonné a la possibilité d'y échapper en apportant la preuve d'un motif légitime qui n'est cependant pas encore définie. A suivre...

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo
75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21

www.pdgb.com

Julie JACOB –

Sandy HERVE – Taïeb BEN AMOR