

Centre de recherche en droit public

Faculté de droit

Université de Montréal

**La responsabilité civile sur Internet
selon la *Loi concernant le cadre
juridique des technologies de
l'information***

Pierre TRUDEL

Avocat
Professeur

Courriel : pierre.trudel@umontreal.ca

La responsabilité civile sur Internet selon la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information

Pierre TRUDEL*

Table des matières

I-	La responsabilité de ceux qui mettent l'information en ligne	6
II-	La responsabilité des intermédiaires : cadre général.....	9
	A. La nécessité d'une faute.....	11
	B. L'exclusion de l'obligation de surveillance active.....	12
III-	Les exonérations de responsabilité des intermédiaires.....	14
	A. L'hébergeur.....	14
	B. L'intermédiaire qui offre des services de références à des documents technologiques	11
	C. Le transmetteur	18
	D. L'intermédiaire qui conserve les documents à la seule fin d'assurer l'efficacité de la transmission	20
	Conclusion.....	37
	Bibliographie sommaire	38

La multiplication des activités dans le cyberspace contribue à rendre plus actuelle la question savoir qui doit répondre des informations dommageables circulant sur Internet. L'époque des visions idylliques d'un cyberspace échappant aux lois des pays est maintenant révolue. Depuis quelques années déjà, on constate qu'il est en pratique difficile d'échapper à l'application du droit étatique¹. Et pour ce qui a trait aux activités qui se déroulent en tout ou en partie sur le

* Professeur, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, courriel : pierre.trudel@umontreal.ca. La recherche pour ce texte a été arrêtée au 10 septembre 2001. Les URLs des documents cités étaient fonctionnels à cette date.

¹ Voir : Michel RACICOT, Mark S. HAYES et Alec R. SZIBBO et Pierre TRUDEL, *The Cyberspace is not a «No Law Land», A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet*, Ottawa, Industry Canada, February 1997, 306 pages; Alain STROWEL et Nicolas IDE, Responsabilité des intermédiaires : actualités législatives et

territoire du Québec, il ne fait pas de doute que la loi québécoise trouve généralement application. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique². Par conséquent, la loi québécoise régissant la responsabilité civile des intermédiaires trouvera application dès lors qu'ils sont domiciliés au Québec ou si le préjudice dont se plaint la victime s'est manifesté au Québec.

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* a été adoptée par le Parlement québécois en juin 2001. Elle organise le statut juridique des documents, peu importe leur support. Cette loi prévoit, entre autres, des règles balisant la responsabilité des prestataires de services agissant, à divers titres, en tant qu'intermédiaire dans la recherche, l'hébergement, l'archivage ou la transmission de documents. Ces règles sont énoncées à l'article 22, pour la conservation et la référence à des documents, à l'article 26 pour la conservation et aux articles 36 et 37 pour la transmission. Ces dispositions précisent les règles permettant de déterminer la responsabilité des intermédiaires techniques. Elles complètent les principes généraux de la responsabilité civile énoncés à l'article 1457 du Code civil.

Les caractéristiques de la communication électronique font en sorte que les poursuites contre l'auteur d'un message répréhensible peuvent se révéler illusoire ou inefficaces. Il peut être difficile, voire impossible d'identifier l'auteur du message ou ce dernier peut être insolvable ou situé dans un pays doté d'un système judiciaire inopérant. Ces facteurs expliquent que dans plusieurs situations, les victimes de diffusions dommageables ont mis en cause des intermédiaires qui jouent un rôle dans la transmission d'informations ou de documents.

Mais, la possibilité de mettre en cause les intermédiaires techniques lorsqu'un document délictueux a été transmis est source d'incertitude. Au Québec, on ne recense pas de décisions significatives traitant de la responsabilité sur Internet. Toutefois, les tribunaux de certains pays ont rendu des décisions contradictoires au sujet des devoirs incombant à ces intermédiaires³. C'est que la responsabilité des intermédiaires soulève des enjeux importants au plan de la liberté d'expression et de la protection des droits des personnes. Si la responsabilité des intermédiaires peut trop facilement être mise en cause, ceux-ci pourraient être tentés, afin de se protéger, de censurer *a priori* tous les messages présentant des risques. S'ils échappent à toute responsabilité, ils n'auraient pas d'incitatifs à prendre les moyens raisonnables afin de faire cesser les activités illicites se déroulant dans leurs systèmes d'information.

jurisprudentielles, <http://www.droit-technologie.org/fr/2_1.asp?dossier_id=32> ; Lionel THOUMYRE, « Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques, » *Lex Electronica*, vol. 6, n°1, printemps 2000, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>> Pierre TRUDEL, «Responsibilities in the Context of the Global Information Infrastructure», [1997] 29 *International Information & Library Review*, 479-482 ; Pierre TRUDEL, «Les responsabilités dans le cyberspace» dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace, collection Droit du cyberspace*, Paris, Éditions UNESCO- Économica, 2000, 235-269 ; Pierre TRUDEL, *Cyberspace and Electronic Commerce law : general principles and legal issues*, Montreal, Canada-China Senior Judges Training Project, June 1999;

² Art. 3126 C.c.Q.

³ Thibault VERBIEST et Etienne WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, 648 p. no. 393 et ss.

Le défi est donc de trouver un équilibre afin d'assurer la protection des droits des personnes et ceux des intermédiaires sans pour autant créer une situation dans laquelle les intermédiaires seraient tentés de poser des gestes de censure qui auraient pour conséquences de limiter la circulation de l'information ou nuire à ceux qui veulent utiliser Internet pour transmettre des informations.

Plusieurs pays ont mis en place des règles identifiant plus précisément les circonstances dans lesquelles la responsabilité des intermédiaires peut être mise en cause. Parmi les textes les plus influents en ces matières, il faut relever la Directive européenne sur le commerce électronique⁴. Ce texte harmonise certains aspects du régime de responsabilité des prestataires de services en ligne pour trois types d'activités : le simple transport, le « caching » (antémémorisation) et « l'hébergement » des informations appartenant à des tiers (ces prestataires agissant alors en qualité « d'intermédiaires »). Elle prévoit, en particulier, une exemption de responsabilité pour l'activité de simple transport (article 12) et une limitation de responsabilité pour l'activité d'hébergeur (article 14). En outre, la directive interdit aux États membres d'imposer une obligation générale de surveillance sur les prestataires intermédiaires (article 15§1); ces dispositions concernent la responsabilité civile et pénale;

Les articles 22, 26, 36 et 37 de la loi québécoise s'inscrivent dans le courant tracé par la Directive européenne sur le commerce électronique. Ils instaurent un régime conditionnel d'exonération de responsabilité en faveur de certains intermédiaires techniques. Par conséquent, les prestataires de services impliqués dans la communication de documents sont, moyennant le respect de certaines conditions, exonérés de responsabilité pour les documents⁵ détenus, indexés ou transmis.

Ces dispositions complètent et précisent l'application des principes de la responsabilité civile découlant de la mise en circulation d'informations. Elles visent à éviter que la responsabilité des intermédiaires soit mise en cause dans des situations où il appert nettement qu'ils ne jouent qu'un rôle passif dans l'acheminement des documents.

Après quelques rappels sur la responsabilité de ceux qui décident de mettre des informations en ligne, il sera fait état de la responsabilité des intermédiaires, en vertu du droit commun et de l'article 26 puis des articles 22, 36 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment le commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »). JO L 178 du 17.7.2000, p.1. Proposition initiale de la Commission : JO C 30 du 5.2.1999, p. 4. Avis du CES : JO C 169 du 16.6.1999, p. 36 ; Avis du Parlement européen le 6 mai 1999 (première lecture) : JO C 279 du 1.10.1999, p. 389 ; position commune du Conseil du 28 février 2000 : JO C 128 du 8.5.2000, p. 32 ; décision du Parlement européen du 4 mai 2000 (deuxième lecture) non encore parue au Journal officiel. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html>

⁵ La loi vise tous les documents. Elle comporte une définition générique de cette notion. C'est ainsi qu'un document au sens de la loi est un objet constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. Voir, l'article 3 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

I- La responsabilité de ceux qui mettent l'information en ligne

Dans le cyberspace comme ailleurs, la personne ayant personnellement posé le geste fautif est évidemment la première à en assumer la responsabilité. La personne qui choisit de mettre en ligne une information ou se comporte de manière à exercer un contrôle sur la diffusion de celle-ci assume la responsabilité découlant de son caractère illicite ou délictueux. Ce principe demeure inchangé avec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

Mettre des informations en ligne, c'est assumer une fonction éditoriale. L'éditeur publie les informations. Publier signifie communiquer de l'information à des tiers en sachant que cette information sera lue, vue ou entendue. La publication s'effectuant de manière volontaire suppose une connaissance de la teneur de l'information transmise⁶. Dans le contexte d'Internet, la publication peut résulter de la transmission de fichiers, de discussions dans le cadre de conférences électroniques, de l'envoi d'un courriel ou encore par la mise à disposition d'information dans des fichiers, des documents pouvant être transférés via le réseau.

La fonction éditoriale implique le pouvoir de choisir ce qui sera diffusé, de décider de le diffuser et de décider à qui ou auprès de qui l'information sera diffusée. Ainsi, un fournisseur d'accès internet qui examinerait tous les messages avant de les retransmettre et se réserverait le droit de n'acheminer que les messages qu'il juge conformes à ses politiques, se comporterait comme un éditeur.

Dans de pareilles situations, il est une constante : la décision de publier appartient à l'éditeur. Il s'agit pour lui d'une faculté : il n'a pas d'obligation de publier. Dans le monde de la presse et de l'édition, il est usuel de tenir que le directeur de publication est en mesure de contrôler les informations qui circulent du fait de son entreprise⁷. De ce pouvoir de contrôle découle la responsabilité pour la transmission d'informations dommageables.

Par exemple, dans l'affaire *Stratton Oakmont Inc. c. Prodigy Services Co.*⁸ le tribunal a conclu que le réseau Prodigy assumait un rôle d'éditeur. Un abonné de Prodigy a envoyé sur le réseau, par l'intermédiaire d'un babillard électronique, un message diffamatoire concernant le président de Stratton. La Cour a tenu Prodigy responsable des dommages causés à la personne diffamée. Pour qualifier Prodigy d'éditeur, le tribunal a examiné le comportement du maître de site à l'égard des informations transportées. Prodigy exerce un certain contrôle sur l'information qu'il véhicule puisque dans sa publicité, il annonce un service « familial ». Il doit donc éliminer toute information ne répondant pas à ce critère en utilisant, entre autres, des logiciels pour censurer le matériel obscène ainsi que des préposés pour examiner les messages et s'assurer qu'ils respectent la politique de Prodigy. Dans ce cas particulier, la Cour a conclu que le fait d'utiliser la technologie nécessaire à la restriction de messages dommageables était suffisant pour conclure

⁶ Loftus E. BECKER Jr., «The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others», (1989) 22 *Connecticut Law Review* 203-239, 217.

⁷ David R. JOHNSON et Kevin A. MARKS, «Mapping Electronic Data Communications onto Existing Legal Metaphors : Should We Let Our Conscience (and Our Contracts) be Our Guide?», (1993) 38 *Vill. L. Rev.* 487, 492.

⁸ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 23 Media L. Rep. (BNA) ¶ 1794, 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995), 24 Media L. Rep. (BNA) ¶ 1126, 1995 WL 805178 (Dec. 11, 1995), <<http://www.jmls.edu/cyber/cases/strat1.html>>.

au contrôle éditorial et déclencher sa responsabilité : Prodigy se rend responsable des informations qu'il transmet puisqu'il est supposé en connaître le contenu.

Dans les environnements électroniques, les acteurs effectivement à l'origine de l'information délictueuse ne sont pas toujours identifiables ou peuvent se trouver hors d'atteinte. Il peut devenir opportun pour une victime, de rechercher un intermédiaire en responsabilité. Ces intervenants sont souvent plus faciles à identifier et peuvent se révéler plus solvables que la personne qui serait à l'origine de la diffusion du document délictueux. D'où l'intérêt de déterminer où commence et où s'arrête la responsabilité des autres intervenants dans la chaîne de transmission de l'information.

II- La responsabilité des intermédiaires : cadre général

Dans le contexte de la communication dans des réseaux comme Internet, les intermédiaires sont des personnes, entreprises ou organismes qui interviennent dans l'accomplissement d'une tâche effectuée entre le point d'expédition d'une transmission de document et le point de réception final. Le trait commun à tous ces intervenants, c'est qu'ils n'exercent pas de droit de regard sur l'information qui transite dans leurs environnements technologiques.

Ainsi, les intermédiaires peuvent être des services de conservation de documents technologiques, des hébergeurs, des services de référence à des documents technologiques, des moteurs de recherche, des fournisseurs de services sur un réseau de communication.

Il peut également s'agir d'entreprises offrant des services de conservation ou de transmission de documents technologiques, de services de transmission de documents technologiques ou de services de conservation sur un réseau de communication de documents technologiques fournis par un client.

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

Il est usuel que les participants à la communication électronique se qualifient, dans le langage courant, de manière à minimiser leur responsabilité dans la transmission d'information. Les limitations de responsabilité prévues dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ne sont pas fondées sur des types d'opérateurs ou d'intermédiaires. Elles visent plutôt le type d'activité exercée; par exemple la transmission, l'indexation ou l'hébergement.

Par conséquent, lorsqu'on examine la responsabilité des intermédiaires, il ne faut pas s'attacher, à la désignation que se donnent les entités mais examiner ce qu'ils font ou ce qu'ils auraient dû faire à l'égard d'un document ou d'une information illicite. La loi formule les règles à l'égard de tout prestataire de services qui se trouve effectivement dans la situation décrite, qui pose ou ne pose pas les gestes mentionnés dans la loi. Ces prestataires sont :

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

Mais avant d'examiner le régime de limitation de la responsabilité de ces intermédiaires, il convient de faire certains rappels. Il faut en effet rappeler que la responsabilité découle de la faute et relever que la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* dispense les intermédiaires de l'obligation de surveillance active.

A. La nécessité d'une faute

Les règles relatives à la responsabilité sur Internet demeurent dans l'orbite du droit commun. Les principes du droit de la responsabilité civile trouvent application mais le législateur y ajoute certaines conditions pour que soit engagée la responsabilité du prestataire visé⁹.

La responsabilité des intermédiaires, comme de toute autre personne, lorsqu'elle est engagée, découle nécessairement d'une faute de leur part. La responsabilité de l'intermédiaire sera engagée lorsqu'il aura été démontré un comportement que n'aurait pas eu une personne prudente et diligente placée en pareilles circonstances¹⁰.

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

⁹ Cyril ROJINSKI, « Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe, » <http://www.droit-technologie.org/5_23.asp>

¹⁰ Jean-Louis-BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, no. 154 ; Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHLEF et Sophie HEIN *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 1296 p., c. 5.

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

À l'instar de la directive européenne¹¹, l'article 27 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* exclut l'obligation de surveillance active pour les intermédiaires. L'article 27 se lit comme suit :

27. Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication ou qui y conserve ou y transporte des documents technologiques n'est pas tenu d'en surveiller l'information, ni de rechercher des circonstances indiquant que les documents permettent la réalisation d'activités à caractère illicite.

Toutefois, il ne doit prendre aucun moyen pour empêcher la personne responsable de l'accès aux documents d'exercer ses fonctions, notamment en ce qui a trait à la confidentialité, ou pour empêcher les autorités responsables d'exercer leurs fonctions, conformément à la loi, relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions.

L'article 27 précise que les obligations incombant au prestataire de services agissant à titre d'intermédiaire pour fournir des services sur un réseau de communication, ou y conserve ou y transporte des documents technologiques.

Plusieurs intermédiaires sont visés ici. Il y a l'hébergeur, l'archiviste et le transporteur, mais aussi tout autre intermédiaire fournissant des services sur un réseau de communication ou qui conserve ou transporte des documents technologiques.

L'article 27 écarte l'obligation de surveillance active pour ces intermédiaires. Ce n'est donc pas une faute de leur part de ne pas avoir exercé une surveillance active. Ces prestataires ne sont pas tenus de surveiller l'information ni de rechercher des circonstances qui pourraient indiquer que des documents permettent la réalisation d'activités illicites.

Mais ces intermédiaires ne doivent prendre aucun moyen pour empêcher la personne responsable de l'accès aux documents d'exercer ses fonctions, conformément à la loi, notamment en ce qui a trait à la confidentialité. Ils ne doivent pas non plus prendre de moyens pour empêcher les autorités responsables d'exercer leurs fonctions, conformément à la loi, relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions. Ce sont les lois encadrant le travail de ces autorités chargées de la sécurité publique et de la prévention du crime qui limitent les gestes que ces derniers peuvent poser.

¹¹ L'article 15 de la Directive sur le commerce électronique se lit comme suit :

Absence d'obligation générale en matière de surveillance

1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

L'exemption de l'obligation de surveillance active est assortie d'une interdiction d'interférer avec le responsable de l'accès aux documents, dans les cas où il s'agit d'un environnement où s'applique un régime d'accès aux documents. Il y a également une interdiction d'empêcher les autorités responsables d'exercer leurs fonctions relativement à la sécurité publique ou à la prévention, à la détection, à la preuve ou à la poursuite d'infractions.

On constate ici que l'exemption de l'obligation de surveillance cesse dès lors que l'intermédiaire se met à jouer un rôle actif. Par exemple, en se mêlant d'accès aux documents ou en s'interposant entre les forces de l'ordre et les documents.

III- Les exonérations de responsabilité des intermédiaires

Reprenant l'approche de la directive européenne sur le commerce électronique, la loi québécoise institue un régime conditionnel d'exonération de responsabilité pour certains intermédiaires¹². L'article 22 traite de la responsabilité de ceux qui proposent des services d'hébergement et le troisième alinéa délimite la responsabilité du prestataire offrant des outils de recherche. Les articles 36 et 37 portent sur les prestataires agissant à titre de transmetteur.

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

L'article 22 clarifie, pour le droit québécois, les principes qui doivent trouver application dans une situation d'hébergement. On vise ici l'intermédiaire agissant pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication. À bien des égards, le prestataire de tels services d'hébergement ressemble au propriétaire d'un lieu¹³. Le plus souvent, les documents que l'on souhaite mettre à la disposition du public sur le web sont confiés à une entreprise qui les loge sur des serveurs. C'est une situation où des informations se trouvent sur la propriété d'une entreprise. Les propriétaires sont rarement tenus responsables pour les actes posés par des tiers sur leur propriété. Par exemple, lorsqu'un hôtel loue une chambre à un client, il n'a pas l'obligation, ni le droit, de superviser ce que ce dernier y fait. C'est pourquoi il n'est pas responsable des activités illégales qui s'y dérouleraient à son insu. Il en va de même d'un prestataire qui conserve des documents sur un réseau : les documents sont physiquement situés sur un serveur ou un autre environnement lui appartenant mais celui-ci ne joue pas de rôle actif dans la diffusion du document.

Ce raisonnement correspond au principe suivi par la jurisprudence de plusieurs pays selon laquelle un propriétaire n'est pas, en principe, responsable des fautes commises par ses locataires. Par contre, un hôtel qui, en toute connaissance, se fait le centre d'activités illégales est responsable des dommages, tout comme le serait un propriétaire de site qui endosserait les messages diffamatoires transmis par les utilisateurs. On conçoit en effet qu'un propriétaire informé de la présence de propos dommageables sur les murs de sa propriété et qui ne fait rien pour les enlever est considéré comme un rediffuseur des propos et est responsable des dommages

¹² Emmanuel JEZ et Frédéric-Jérôme PANSIER, « Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000 (JO du 2 août 2000), Gaz Pal. 9 septembre 2000, p.9 ; Michel VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », JCP (G) 99 I p. 2021.

¹³ Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHFLEF et Sophie HEIN *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 1296 p. , p. 5-10

tout comme l'auteur du message¹⁴. De même, un intermédiaire aurait toujours l'obligation de retirer l'information qu'il sait être dommageable sous peine de s'en voir imputer la responsabilité en tant que rediffuseur des propos¹⁵. Lorsqu'on applique à l'hébergeur la métaphore du propriétaire, la condition préalable à sa responsabilité serait la connaissance de la présence d'informations dommageables dans un lieu électronique¹⁶.

Le principe posé à l'article 22 est que l'hébergeur n'est pas responsable des activités accomplies par la personne utilisant le service au moyen des documents hébergés par l'utilisateur ou à la demande de celui-ci. Cette exonération tient jusqu'à ce qu'il ait de fait connaissance du caractère illicite et qu'il ne prend pas promptement les moyens pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité.

L'article 22 se lit comme suit :

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

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

La limitation de responsabilité profitant à l'hébergeur connaît toutefois des limites. Elle ne joue pas s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité.

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

La circonstance qui déclenche la possibilité d'engager la responsabilité de l'hébergeur est la connaissance de fait ou la connaissance de circonstances rendant apparente la réalisation d'une activité à caractère illicite.

¹⁴ *Hellar c. Bianco*, 11 Cal. App. 2d 424, 244 P.2d 757, 28 ALR2d 451 (1952); *Scott c. Hull*, 22 Ohio App.2d 141, 259 N.E.2d 160, (1970); *Tackett c. General Motors Corporation*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); *Woodling c. Knickerbocker*, 17 N.W. 387 (Minn. 1883).

¹⁵ Eric SCHLACHTER, «Cyberspace, the Free Market and the Free Marketplace of Ideas : Recognizing Legal Differences in Computer Bulletin Board Functions», (1993) 16 *Hastings Comm/Ent L.J.* 87, 118.

¹⁶ Jay R. McDANIEL, «Electronic Torts and Videotext - At the Junction of Commerce and Communications», (1992) 18 *Rutgers Comp. & Tech. L.J.* 773, 825.

La connaissance du caractère délictueux d'un document joue un rôle analogue à l'égard du prestataire agissant à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche.

B. L'intermédiaire qui offre des services de références à des documents technologiques

L'intermédiaire ici visé est « le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche ». De façon générale, il s'agit de tout prestataire offrant des services de référence à des documents technologiques. Selon le *Petit Robert*, le mot « référence » signifie « Action de se référer ou de renvoyer le lecteur à un texte, une autorité ». On vise donc à l'article 22 tout service qui fournit des références à des documents.

Parmi les services de référence d'usage courant sur Internet, il y a les outils de recherche qui sont des mécanismes fournissant ou utilisant des index pour retrouver les documents correspondant à une requête qu'on lui fournit ou collection structurée et thématique de répertoires résultant d'une compilation d'un domaine d'information. L'expression « outil de recherche » est générale, elle vise les moteurs de recherche et les répertoires de recherche.

Le moteur de recherche est un programme —en fait, plusieurs programmes se partagent ces diverses tâches— qui indexe le contenu de différentes ressources Internet, et plus particulièrement de sites Web, pour permettre ensuite à l'internaute qui utilise un navigateur Web de rechercher de l'information selon différents paramètres, en se servant de mots clés, et d'avoir accès à l'information ainsi trouvée¹⁷.

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

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

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

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

¹⁷ OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Terminologie d'Internet*, <<http://www.olf.gouv.qc.ca/index.html>>.

produits commerciaux servant à la préparation des documents technologiques, par des systèmes d'information commerciaux et dans de nombreux autres contextes.

Le principe posé au dernier alinéa de l'article 22 est que l'intermédiaire offrant des services de références à des documents technologiques n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. Le troisième alinéa de l'article 22 prévoit en effet que :

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

La disposition pose la règle de la non-responsabilité de ces prestataires de services. Toutefois, cette limitation de responsabilité cesse d'avoir effet si certains faits sont établis.

À plusieurs égards, l'intermédiaire, pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche, ressemble au bibliothécaire. Il offre des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche. À l'instar du bibliothécaire, il ne contrôle pas le contenu des informations qu'il transmet ou met à la disposition du public ou de ses clients. Il serait en effet impensable que chaque prestataire d'outils de recherche ou de localisation ait à répondre du contenu de chaque publication qu'il identifie ou vers laquelle il pointe un hyper lien. Pas plus qu'il devrait être obligé de s'assurer qu'elles ne contiennent aucune information fautive, illicite ou dommageable.

En revanche, on conçoit que le bibliothécaire a l'obligation de retirer les informations dont il a été informé du caractère délictueux. S'il ne le fait pas, il peut être tenu responsable des dommages qui en résultent¹⁸.

Par exemple, dans l'affaire *Cubby Inc. c. Compuserve Inc.*, un message électronique distribué dans Compuserve contenait des remarques désobligeantes sur une autre personne. La Cour a conclu que Compuserve n'avait pas de contrôle sur l'information qui circulait dans son système, il ne pouvait pas connaître ou avoir une raison de connaître le caractère dommageable des messages. Il ne porte donc aucune responsabilité. La Cour a comparé Compuserve à une bibliothèque électronique. À l'instar d'une bibliothèque, Compuserve a le choix de faire circuler ou non un ouvrage mais une fois l'ouvrage dans son système, il ne peut exercer aucun contrôle éditorial sur ce dernier. D'ailleurs, même si Compuserve avait voulu examiner chaque message, le nombre très élevé de ceux-ci aurait rendu la chose impossible¹⁹.

¹⁸ SLEE, D., «Liability for Information Provision», (septembre 1992) 23 *The Law Librarian* 155 ; GRAY, J. A., «Personal Malpractice Liability of Reference Librarians and Information Brokers», (1988) 9(2) *Journal of Library Administration* 71; GRAY, J. A., «Strict Liability for Dissemination of Dangerous Information?», (1990) 82 *Law Library Journal* 497; LOUNDY, D.J., E-LAW 4: Computer Information Systems Law and System Operator Liability, (1998) 21 *Seattle University Law Review* 1075, < <http://www.loundy.com/E-LAW/E-Law4-full.html> >.

¹⁹ *Cubby Inc. c. Compuserve Inc.*, 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991), p.140; <<http://www.jmls.edu/cyber/cases/cubby.txt>>, <http://www.leepfrog.com/E-Law/Cases/Cubby_v_Compuserve.html>, <http://www.cpsr.org/cpsr/free_speech/cubby_v_compuserve>.

➤ **Les faits donnant ouverture à la responsabilité des hébergeurs et de ceux offrant des services de références à des documents technologiques**

Lorsqu'ils acquièrent connaissance du caractère illicite de l'activité associée aux documents qu'ils conservent ou auxquels ils donnent accès, les hébergeurs et ceux qui offrent des services de moteurs de recherche ont l'obligation d'agir.

Le facteur qui déclenche leur responsabilité est la connaissance qu'ils ont ou qu'ils acquièrent de la nature délictueuse de l'information. Ce n'est toutefois pas la seule situation où la responsabilité de ces intermédiaires peut être engagée. L'article 22 ne constitue pas une liste exhaustive des situations dans lesquelles un intermédiaire qui y est visé peut engager sa responsabilité. L'article 22 2^e alinéa énonce en effet que le prestataire « peut engager sa responsabilité, notamment » s'il a de fait connaissance. La même formule est reprise au troisième alinéa lorsqu'il est question des prestataires offrant des outils de recherche.

➤ **La connaissance de fait**

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

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

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

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

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

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

➤ **La connaissance de circonstances rendant apparente une activité illicite**

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

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

➤ **Quel degré de connaissance engendre la responsabilité?**

Les points de vue peuvent diverger quant au degré de connaissance nécessaire pour entraîner la responsabilité du prestataire de services. Strowel et Ide remarquent que « toute la question est de savoir comment définir ce seuil de connaissance à partir duquel la responsabilité joue pleinement »²⁰. Il nous paraît, ainsi qu'il le sera démontré plus bas, que le seuil de connaissance à partir duquel la responsabilité de l'intermédiaire est engagée est la connaissance confirmée, par un tiers indépendant du caractère effectivement illicite du document. La connaissance à partir de laquelle est engendrée la responsabilité n'est pas celle qui résulte de la seule réception d'une plainte mais vise plutôt le moment où le caractère illicite devient manifeste.

Dans les cas clairs, s'il en est, la question trouve une réponse aisée : si le caractère illicite saute aux yeux, l'intermédiaire pourra devoir agir dès la réception d'une plainte. Mais que faire dans les situations où le caractère illicite n'est pas évident? Par exemple, un hébergeur reçoit une notification à l'effet que tel site qu'il héberge comporte des documents qui portent atteinte au droit à l'image d'une personne. Or, on sait qu'il y a plusieurs situations où la diffusion de l'image d'une personne est tout à fait licite. S'il obtempère et retire le document, il s'érige en juge mais en juge n'ayant pas agi moyennant l'élémentaire obligation d'entendre les prétentions de toutes les parties en cause. S'il ne fait rien, l'intermédiaire s'expose à voir sa responsabilité engagée et à devoir en répondre lors d'une poursuite de la part de la victime.

S'il agit et supprime l'information, il s'expose à se faire reprocher par le maître de l'information hébergée ou référencée, de n'avoir pas pris les précautions élémentaires pour s'assurer du caractère sérieux de la notification. Ce dilemme a amené les législateurs américain et français à interposer un processus visant à départager les allégations sérieuses des lubies. Le législateur québécois n'ayant rien précisé sur ce qu'il convient de faire à cet égard, faut-il en conclure qu'il n'y aurait pas d'obligation quant aux précautions à prendre consécutivement à la réception d'un avis à l'effet qu'un site hébergé ou référencé est illicite?

Une réponse négative doit être apportée à cette question. La responsabilité de l'hébergeur et du moteur de recherche pourra être engagée si celui-ci obtempère à une notification sans discussion et sans prendre des précautions minimales. La personne qui verrait des documents retirés d'un site ou qui verrait ses documents bannis d'un système d'indexation pourrait assurément subir des

²⁰ Alain STROWEL et Nicolas IDE, « Responsabilités des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles, » dans Droit Nouvelles technologies, <www.droit-technologie.org> »

dommages du fait d'une allégation non fondée à l'effet qu'un document est illicite. Se posera alors la question de déterminer si l'intermédiaire a agi avec la prudence et pris les précautions qu'une personne raisonnable aurait dû prendre en de telles circonstances.

Si la notification se révèle futile ou mal fondée, on aurait supprimé un contenu, violé la liberté d'expression et fait prévaloir les désirs, voire les lubies d'un plaignant au préjudice d'une application prudente d'une mesure qui constitue de la censure, donc qui a par essence un caractère exceptionnel.

C'est pourquoi l'attitude appropriée pour l'intermédiaire est d'obtenir une confirmation d'un tiers, tel un expert neutre et d'agir sur la foi d'une telle évaluation. Car il apparaît évident que la connaissance de fait ne commence qu'à compter du moment où la plainte à l'égard d'un document est suffisamment documentée pour écarter les doutes raisonnables quant à son sérieux.

Cette approche est d'ailleurs compatible avec une conception respectueuse de la liberté d'expression et du droit du public à l'information. On voit mal en vertu de quel principe il faudrait prendre pour avéré en tout temps les prétentions d'une personne qui se plaint d'une information. Cela n'est pas la règle dans le droit commun relatif à l'information puisque la censure aurait alors lieu sans un examen sérieux des prétentions à l'effet qu'un document est illicite. Il serait étonnant que le législateur québécois ait opté pour une pratique se conciliant si mal avec les principes d'une société démocratique.

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

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

Pour établir le sérieux d'une plainte, l'intermédiaire pourra s'inspirer de la procédure de « notice et take down » de la législation américaine ou de la procédure mise de l'avant par la loi française.

Aux États-Unis, le Congrès, a mis en place des façons de traiter des allégations d'illégalité de matériel publié sur Internet. Compte tenu de l'attachement de la jurisprudence américaine à la liberté d'expression, il a été convenu d'aborder la responsabilité des intermédiaires en évitant des solutions donnant ouverture à des pratiques de censure préalable. Le *Digital Millenium*

Copyright Act,²¹ prévoit des exemptions conditionnelles de responsabilité qui découleraient de violations du droit d'auteur pour les intermédiaires.

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

En France, la Loi du 1^{er} août 2000 prévoyait l'obligation suivante pour les hébergeurs :

Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :

si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;

*ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite, ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées.*²²

Le dernier alinéa de cette disposition a été annulé par le Conseil constitutionnel. Celui-ci a estimé que l'expression « diligences appropriées » n'était pas un terme suffisamment précis. Il faut savoir que cette disposition trouvait application aussi bien en matière civile que pénale et qu'à l'égard de la responsabilité pénale, le principe de la légalité des délits et des peines prévu par l'article 34 de la Constitution s'oppose à l'usage d'une terminologie aussi imprécise.

Malgré l'annulation par le Conseil constitutionnel, l'approche envisagée par le législateur français revêt beaucoup d'intérêt pour l'application des dispositions équivalentes de la loi québécoise. Dans ses explications au sujet de la loi, la ministre française de la Communication a expliqué ce qu'il fallait selon elle entendre par « diligences appropriées » lorsqu'un hébergeur a été informé par un tiers qu'un contenu est illicite ou lui cause un préjudice. Elle évoquait

²¹ Public Law no. 105-304, 112 Stat. 2860 (28 oct. 1998), < http://www.eff.org/ip/DMCA/hr2281_dmca_law_19981020_pl105-304.html >. Voir : Jane GINSBURG, News from the U.S., (1999) 179, RIDA, 143 à la p. 225.

²² Loi 2000-719 du 01 Août 2000 Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication intégrée à la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication , (*Journal Officiel du 1er octobre 1986*) < http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_lois_reglt.htm >. Le dernier alinéa a été déclaré non conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000.

l'obligation de « vérifier la présence du contenu litigieux, puis mettre en relation le tiers et l'auteur ou l'éditeur (du document litigieux), informer sur les procédures, s'assurer que le plaignant saisira la justice ou la saisit lui-même si l'hébergeur a un doute »²³.

Cette incursion en droit américain et en droit français fournit des indications utiles sur les précautions à prendre par un intermédiaire qui reçoit une notification à l'effet qu'un contenu hébergé ou auquel il réfère est illicite. Sauf à prendre le risque de se voir poursuivi par celui qui verrait son document censuré sans justification, il doit s'assurer du sérieux de la plainte.

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

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

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

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

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

L'action du prestataire doit être menée pour rendre l'accès aux documents impossible ou autrement empêcher la poursuite de l'activité. Il doit prendre les moyens possibles, compte tenu

²³ Basile ADER, « La responsabilité des acteurs de l'Internet après la loi du 1^{er} août 2000, » *Légipresse*, no. 176, novembre 2000, p. 113, à la p.117.

des ressources dont il dispose et des circonstances dans lesquelles il agit. Il n'a pas de responsabilité si les gestes nécessaires afin de corriger la situation sont posés promptement.

C. Le transmetteur

Certains acteurs du cyberspace assument un rôle de simple transporteur d'informations. Comme un transporteur, un système électronique de communication ne fait parfois que servir de conduit pour transporter de l'information d'un site à un autre. Les transporteurs offrant des services au public, les « common carriers » sont en principe exonérés de la responsabilité pour le contenu de propos qu'ils transportent pour le compte de leurs utilisateurs²⁴. Contrairement aux éditeurs et aux distributeurs, les transporteurs ont l'obligation de transporter tout message sans discrimination que ce soit vis-à-vis du contenu du message que de la personne qui l'expédie²⁵. L'article 36 se lit comme suit :

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

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

1° en étant à l'origine de la transmission du document;

2° en sélectionnant ou en modifiant l'information du document;

3° en sélectionnant la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès;

4° en conservant le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission.

Cette disposition délimite la responsabilité incombant à l'intermédiaire pour fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques sur ce réseau.

On vise ici les intermédiaires qui offrent des services exclusivement liés à la transmission. Le fonctionnement d'un serveur de courriel constitue un exemple de ces cas de figure. L'utilisateur accède à son courriel en contactant son prestataire de services; l'utilisateur écrit un courriel qui est expédié sur le réseau au moyen du serveur du prestataire; les messages reçus passent aussi par le serveur de courriel; tous les courriels, envoyés et reçus, sont stockés dans une base de données et ils sont archivés sous le nom de l'utilisateur; le prestataire de services de courriel n'intervient que pour assurer la transmission des documents.

L'intermédiaire n'agissant que comme transmetteur n'est pas, en principe, responsable des actions accomplies par autrui au moyen des documents qu'il transmet ou qu'il conserve durant le cours normal de la transmission et pendant le temps nécessaire pour en assurer l'efficacité. Par

²⁴ Michael H. RYAN, *Canadian Telecommunications Law and Regulation*, Toronto, Carswell, 1995, p. 416; Lynn BECKER, «Electronic Publishing; First Amendment Issues in the Twenty-First Century», (1984-85) 13 *Fordham Urban Law Journal* 801, 857.

²⁵ *Chastain c. British Columbia Hydro & Power Authority*, [1973] 2 W.W.R. 481; *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 36 : «Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public».

exemple, l'intermédiaire n'est pas responsable des activités illégales qui pourraient être contenues dans les messages reçus ou expédiés par un client.

Toutefois, si le transmetteur pose certains gestes, il peut engager sa responsabilité. Sa participation à l'action d'autrui emporte sa responsabilité. Ainsi, il peut engager sa responsabilité dans les quatre situations mentionnées à l'article 36.

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

➤ **Le prestataire qui est à l'origine de la transmission du document**

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

➤ **Le prestataire qui sélectionne ou modifie l'information du document**

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

➤ **Le prestataire qui sélectionne la personne qui transmet le document, qui le reçoit ou qui y a accès**

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

➤ **Le prestataire qui conserve le document plus longtemps que nécessaire pour sa transmission**

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

En somme, dans toutes ces situations, le prestataire fait plus que simplement fournir les services d'un réseau de communication exclusivement pour la transmission de documents technologiques

sur ce réseau. Le prestataire joue alors un rôle actif dans les décisions relatives au document transmis ou dans les actions accomplies par d'autres. Il engage alors sa responsabilité.

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

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

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

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

1° dans les cas visés au deuxième alinéa de l'article 36;

2° en ne respectant pas les conditions d'accès au document;

3° en prenant des mesures pour empêcher la vérification de qui a eu accès au document;

4° en ne retirant pas promptement du réseau ou en ne rendant pas l'accès au document impossible alors qu'il a de fait connaissance qu'un tel document a été retiré de là où il se trouvait initialement sur le réseau, du fait qu'il n'est pas possible aux personnes qui y ont droit d'y avoir accès ou du fait qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait du réseau ou en a interdit l'accès.

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

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

point de concentration. C'est ainsi que plusieurs exploitants ont la possibilité de faire passer leurs clients par un proxy avant de les lancer sur le réseau Internet »²⁶.

Tischer et Jennrich ajoutent que :

*La caractéristique principale d'un proxy est sa fonction de point de passage obligé par les accès web des hôtes reliés. Si l'un des ordinateurs lance son navigateur pour accéder au réseau et à l'un des serveurs disponibles, la requête passe d'abord par le proxy. C'est lui qui prend le contrôle des opérations, reprend la requête en son propre nom pour la transmettre au serveur concerné. Lorsque les informations réclamées arrivent, le proxy les renvoie à l'hôte demandeur, qui ignore sa démarche. En fait, le proxy se comportant comme le serveur, l'hôte ne perçoit pas son existence.*²⁷

L'antémémorisation comporte le stockage des éléments d'une page Web dans un serveur ou un ordinateur intermédiaire de manière à pouvoir accéder plus efficacement à cette page. Ainsi, les exploitants de réseau peuvent utiliser un serveur « proxy » qui est un ordinateur tampon afin d'améliorer la sécurité et la vitesse de transfert des oeuvres vers le client.

Les exploitants mettent en antémémorisation les pages souvent consultées dans le but de réduire le délai d'accès auquel se heurtent les clients et d'atténuer les engorgements. Cette caractéristique est particulièrement importante pour ceux qui désirent accéder à des sites Web éloignés, une opération qui peut occasionner d'importants délais de communication. En antémémorisant les sites éloignés souvent réclamés par leurs clients, les exploitants sont en mesure de réduire ces délais. Les documents les plus fréquemment consultés sont stockés sur le proxy et l'accès aux sites web par les clients est ainsi plus rapide²⁸. L'antémémorisation peut être soit « aveugle » (exécutée automatiquement par le système de l'exploitant, selon la demande ou les exigences techniques), soit fondée sur des choix déterminés que fait l'exploitant pour des raisons d'ordre technique ou commercial.

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

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

²⁶ Michael TISCHER et Bruno JENNRICH, *La bible Internet expertise et programmation*, Paris, Micro Application, 1997, p. 1050.

²⁷ Michael TISCHER et Bruno JENNRICH, *La bible Internet expertise et programmation*, Paris, Micro Application, 1997, p. 1050.

²⁸ Jérôme COLOMBAIN, *Le dico du multimédia*, Paris, Éditions Milan, 1998, p. 168.

qu'il n'est pas possible aux personnes qui y ont droit d'y avoir accès ou du fait qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait du réseau ou en a interdit l'accès.

Dans de telles situations, l'intermédiaire prend une part active à la diffusion du document. Il assume un rôle actif puisqu'il devient partie prenante à la décision de diffuser le document. Or, l'article l'exonère de responsabilité uniquement dans la mesure où il ne tient qu'un rôle passif dans la transmission du document. Il assume alors un rôle d'éditeur.

En ne respectant pas les conditions d'accès au document, il se trouve à décider lui-même des conditions auxquelles le document sera accessible. Il prend donc un rôle actif dans la diffusion du document. En prenant des mesures pour empêcher la vérification de qui a eu accès au document, il s'interpose dans la décision de diffusion du document.

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

Conclusion

La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information clarifie le régime de la responsabilité incombant aux intermédiaires techniques. S'inspirant des principes de la Directive européenne sur le commerce électronique de même que les dispositions de la législation américaine, elle organise la responsabilité des intermédiaires techniques qui prennent une part dans les processus d'acheminement et de mise à disposition des documents au public.

Il est toujours risqué de mettre de l'avant des interprétations d'un texte législatif qui n'est pas encore en vigueur et qui n'a pas encore eu le bénéfice d'un examen par les tribunaux. Mais nous croyons que les interprétations des dispositions de la loi mises ici de l'avant sont conformes aux principes élaborés par les tribunaux canadiens sur les questions concernées.

Ce premier examen des dispositions québécoises encadrant la responsabilité des intermédiaires d'Internet et d'autres environnements de communication visait à présenter les choix qui ont été retenus par le législateur québécois. Le défi était difficile à relever afin d'atteindre cet équilibre délicat entre une responsabilisation à outrance des intermédiaires et une immunisation de ces derniers aux dépens de ceux qui subissent des dommages du fait de la diffusion d'informations et de documents dans le cyberspace.

À la lumière des principes désormais intégrés en droit québécois, les personnes et entreprises voudront sans doute s'assurer que leurs pratiques sont conformes aux exigences des dispositions de la loi en matière de responsabilité. Il est prévisible que les entreprises souhaiteront dorénavant mettre en place les précautions susceptibles de garantir qu'elles s'en tiennent uniquement à un rôle compatible avec les responsabilités qu'elles sont prêtes à assumer.

Bibliographie sommaire

- ADER, B. « La responsabilité des acteurs de l'Internet après la loi du 1er août 2000 », *Légipresse*, n° 176, novembre 2000, p. 113, à la p.117.
- BECKER, L. E., « The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others », (1989) 22 *Connecticut Law Review* 203-239.
- BOVENZI, G., « Liabilities of System operators on the Internet », (1996) 11 *Berkeley Tech L. J.*, 93-146.
- BRANSCOMB, A. W., « Anonymity, Autonomy and Accountability: Challengers to the First Amendment in Cyberspace », (1995) 104 *Yale L.J.* 1639.
- CAVAZOS, E. A., « Computer Bulletin Board Systems and the Right of Reply: Redefining Defamation Liability for a New Technology », (1992) 12 *Review of Litigation* 231-248.
- CASEY, T.D., *ISP Liability Survival Guide*, New York, Wiley, 2000, 263 p.
- COLOMBAIN, J., *Le dico du multimédia*, Paris, Éditions Milan, 1998, p. 168.
- COTTON, B. et R. OLIVER, *The Cyberspace Lexicon, an illustrated dictionary of terms from multimedia to virtual reality*, London, Phaidon Press, 1994.
- DICATO, E. M., « Operator Liability Associated with Maintaining a Computer Bulletin Board », (oct. 1990) 4 *Software Law Journal* 147-159.
- DIERKS, M. P., « Computer Network Abuse (Symposium: Electronic Communications and Legal Change) », (Printemps 1993) 6 *Harvard J. of L. & Tech.* 307-342.
- DOBBINS, D. M., « Computer Bulletin Board Liability for User's Infringing Acts », (1995) 94 *Michigan Law Review* 217.
- DUFOUR, A., *Internet*, coll. « Que Sais-je? », Paris, P.U.F., 1995, 128 p.
- FÉRAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit, le droit à l'épreuve d'Internet*, Paris, Dalloz-Dunod, 1999, 275 p.
- GOLDSTEIN, M. P., « Service Provider Liability for Acts Committed by Users : What you don't know can hurt you, » (2000) 28 *Journal of Computer & information Law* 591-641.
- GRAY, J. A., « Personal Malpractice Liability of Reference Librarians and Information Brokers », (1988) 9(2) *Journal of Library Administration* 71.
- GRAY, J. A., « Strict Liability for Dissemination of Dangerous Information? », (1990) 82 *Law Library Journal* 497.
- JEZ, E et F-J PANSIER, « Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1er août 2000 (JO du 2 août 2000) », *Gaz Pal.* 9 septembre 2000, p.9.
- LOUNDY, D.J., « E-LAW 4 : Computer Information Systems Law and System Operator Liability », (1998) 21 *Seattle University Law Review* 1075, < <http://www.loundy.com/E-LAW/E-Law4-full.html> >.
- LUCAS, A., « La responsabilité des différents intermédiaires de l'Internet », dans *L'Internet et le droit, droit français, européen et comparé de l'Internet*, Paris, Victoire éditions, 2001, pp. 235-250.
- MONTERO, E., « Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexactes sur Internet », dans E.MONTERO (éd.) *Internet face au droit*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, Bruxelles, Story Scientia, 1997, 111-137.
- PERRITT Jr., H. H., « Tort Liability, the First Amendment, and Equal Access to Electronic Network », (1992) 5 *Harvard J. of L. & Tech.* 65-151.

- PERRITT Jr., H. H., *Law and the Information Superhighway*, New York, Wiley Law Publications, 1996.
- RACICOT, M., M. S. HAYES, A. R. SZIBBO et P. TRUDEL, *The Cyberspace is not a «No Law Land», A Study of the Issues of Liability for Content Circulating on the Internet*, Ottawa, Industry Canada, February 1997, 306 pages.
- RYAN, M.H., *Canadian Telecommunications Law and Regulation*, Toronto, Carswell, 1995, p. 416;
- SCHLACHTER, E., « Cyberspace, the Free Market and the Free Marketplace of Ideas : Recognizing Legal Differences in Computer Bulletin Board Functions », (1993) 16 *Hastings Comm/Ent L.J.* 87, 118.
- SÉDALLIAN, V. *Droit de l'Internet*, Paris, Association des utilisateurs d'Internet, 1996, 320 p.
- SOOKMAN, B. B., « The Liability of Information Providers in Negligence », (1989) 5 *Computer Law & Practice* 141.
- STROWEL, A. et N. IDE, « Responsabilités des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles », dans *Droit Nouvelles technologies*, <www.droit-technologie.org>
- THEMENS, F., *Internet et la responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 150 p.
- THOUMYRE, L., « Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques, » *Lex Electronica*, vol. 6, n° 1, printemps 2000, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>>
- TIANO Jr., J. R., « The Liability of Computerized Information Providers : A Look Back and A Proposed Analysis For The Future », (1995) 56 *U. of Pitt. L.R.* 655.
- TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, 1296 p.
- TRUDEL, P., « Les responsabilités dans le cyberspace », dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, collection Droit du cyberspace, Paris, Éditions UNESCO- Économica, 2000, 235-269.
- TRUDEL, P., « Responsibilities in the Context of the Global Information Infrastructure », [1997] 29 *International Information & Library Review*, 479-482.
- TRUDEL, P., *Cyberspace and Electronic Commerce law : general principles and legal issues*, Montreal, Canada-China Senior Judges Training Project, June 1999.
- VERBIEST T. et E. WÉRY, « La responsabilité des fournisseurs d'outil de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés, », *Légipresse*, n° 181, mai 2001, p. 49-53.
- VERBIEST T. et E. WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, 648 p.
- VIVANT, M., « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, » JCP (G) 99 I p. 2021.