



La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet

Sommaire du rapport du Conseil fédéral du
11 décembre 2015

1 Introduction

Au moment de l'adoption du rapport « Cadre juridique pour les médias sociaux »¹, le 9 octobre 2013, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de la justice (DFJP), et plus précisément l'Office fédéral de la justice (OFJ), de voir s'il convient de légiférer sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet et, si tel est le cas, de préparer un projet de consultation avant la fin 2015. Le 6 juin 2014, il a en outre chargé le DFJP, en l'occurrence l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), de mettre en œuvre les propositions du groupe de travail appelé AGUR12 (pour *Arbeitsgruppe zum Urheberrecht*) et d'élaborer un avant-projet avant la fin de 2015. Il a demandé que l'on coordonne ces deux chantiers².

Pour remplir le premier mandat, un groupe de travail interdépartemental a été institué sous la direction de l'OFJ. Il comprenait des représentants de l'Office fédéral de la communication (OFCOM), de l'IPI et du Secrétariat général à l'économie (SECO).

A la lumière des résultats obtenus, le Conseil fédéral a conclu qu'il n'y avait actuellement pas lieu de légiférer de manière générale sur la responsabilité civile des fournisseurs. Il expose en détail, dans le rapport intitulé « La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet »³, les aspects très complexes, techniquement et juridiquement, de cette thématique. Le présent document donne un aperçu de ses arguments et de ses constatations.

2 Plan et objet du rapport du Conseil fédéral

Le rapport sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet vise à déterminer s'il est nécessaire de légiférer dans le domaine examiné. A cet effet, il expose d'abord la situation juridique actuelle en Suisse, telle qu'elle ressort de la jurisprudence et de la doctrine, et dans la mesure où celles-ci se sont prononcées⁴. Suivent une appréciation de cette situation et un exposé des perspectives de l'évolution du droit⁵. Le Conseil fédéral en conclut qu'hormis dans le domaine du droit d'auteur, il n'est pas nécessaire de légiférer de manière générale pour le moment. Il a intégré des dispositions sur la responsabilité civile des fournisseurs Internet dans l'avant-projet de modernisation du droit d'auteur évoqué plus haut. Le rapport aborde également la situation en Europe et aux Etats-Unis, dans le sens d'une analyse de droit comparé. L'étude élaborée par l'Institut suisse de droit comparé est publiée simultanément.

Le rapport porte sur la responsabilité des fournisseurs en *droit civil*, sans approfondir la question de leur éventuelle responsabilité pénale. Il n'aborde les questions de droit pénal que lorsque c'est utile pour la compréhension de la situation en droit civil.

La responsabilité civile est prise dans une acception très large. Concrètement, on s'est intéressé, dans les cas de violations du droit de la personnalité du droit de la concurrence déloyale et de violations de la propriété intellectuelle (droits d'auteur et droits de marque), à la possibilité d'introduire des actions en prévention ou en cessation de l'atteinte (« actions défensives ») et des actions en réparation du dommage ou du tort moral (« actions réparatrices »). Les droits à l'information (par ex. le droit de connaître l'identité du titulaire d'une adresse IP) ont également été étudiés. Tous ces aspects, regroupés par commodité sous le terme de « responsabilité des fournisseurs », ne comprennent pas les actions pour

¹ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29.9.2011 « Cadre juridique pour les médias sociaux » de l'automne 2013, consultable sur le site www.bakom.admin.ch > Thèmes > Société de l'information > Rapports et publications.

² Voir le communiqué du Conseil fédéral du 6.6.2014 « Le Conseil fédéral veut moderniser le droit d'auteur », à l'adresse <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=53259>.

³ Rapport du Conseil fédéral du 11.12.2015, à consulter à l'adresse www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news.html.

⁴ Rapport (note 3), ch. 3 ss.

⁵ Rapport (note 3), ch. 7.

violation du contrat par un fournisseur, thème qui ne pose à notre sens pas de problème particulier⁶.

Exemple de cas :

- Une personne se sent atteinte dans sa personnalité par une contribution à un blog et désire que l'exploitant du blog supprime cette contribution.
- Des informations trompeuses et par là déloyales concernant une entreprise sont publiées sur un site Web. L'entreprise souhaite faire bloquer l'accès à ce site.
- Des morceaux de musique provenant de sources illégales peuvent être téléchargés anonymement sur un site de partage de fichiers. Seules les adresses IP des personnes qui mettent ces fichiers en ligne sont connues. Les titulaires des droits d'auteur voudraient savoir quelles personnes se cachent derrière les adresses IP pour pouvoir les attaquer en justice.

3 Terminologie

Le rôle joué par un participant dans le processus de communication est essentiel pour la réglementation des obligations dans la communication en ligne. Les catégories possibles n'ont pas encore été définies de manière générale en droit suisse. Cependant, on trouve différentes approches de description abstraite de ces rôles dans des rapports officiels, des projets de lois, des actes normatifs internationaux, des décisions judiciaires et des ouvrages de doctrine. On peut en dégager trois catégories de base :

- **Fournisseurs de contenu** (*content providers*) : ils proposent des contenus sur une infrastructure technique.
- **Fournisseurs d'hébergement** (*hosting providers*) : ils mettent à disposition contre rémunération une infrastructure technique (espace de stockage, capacités de traitement informatique, capacités de transmission) pour la mise en ligne automatisée de données. Leur responsabilité n'est en général pas engagée sur les aspects rédactionnels, mais selon le cas de figure⁷, ils sont techniquement en mesure de supprimer de leurs ordinateurs des contenus identifiés comme indésirables.
- **Fournisseurs d'accès** (*access providers*) : ils ne proposent pas d'infrastructure pour le stockage des données, mais uniquement la liaison technique avec les serveurs des fournisseurs d'hébergement (ou une partie seulement de cette liaison). Contrairement aux fournisseurs d'hébergement, ce sont des fournisseurs de services de télécommunication au sens de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)⁸, car ils assurent la transmission d'informations entre au moins deux autres parties (art. 3, let. b, LTC). Ils ne sont pas en mesure de supprimer des contenus non souhaités (car ceux-ci ne sont pas sauvegardés sur leurs serveurs). Ils peuvent toutefois bloquer de manière ciblée l'accès à certains contenus, mais seuls leurs clients seront empêchés de consulter ces contenus.

En raison des développements techniques rapides et des formes très variées de fournisseurs, le classement de ces derniers dans des catégories fixes pose problème. Le classement juridique des différents acteurs devrait donc se faire sur une base aussi neutre que possible sur le plan technologique. De l'avis du Conseil fédéral, un critère central dans la définition des catégories et des droits et obligations qui en découlent doit être la « proximité avec le contenu » : dans quelle mesure un acteur est-il proche du contenu qu'il rend accessible en ligne ? Quelles sont les possibilités dont il dispose pour influencer sur le contenu,

⁶ *Nota bene* : le groupe de travail a cependant abordé les prétentions contractuelles lorsqu'elles pouvaient découler d'autres prétentions (délictuelles) ; on peut citer pour exemple un fournisseur qui supprime des contenus sur demande d'un tiers lésé et qui viole ce faisant le contrat avec son client.

⁷ Le fournisseur d'hébergement, parfois, ne peut pas supprimer des contenus spécifiques sur le serveur qu'il loue, mais peut uniquement mettre hors-service le serveur loué dans son intégralité.

⁸ RS 784.10.

le modifier, le supprimer ou le bloquer ? Dans quelle mesure est-il souhaitable, sur le plan politique, qu'il exploite ces possibilités ou les développe ?

Dans un souci de simplification, il est opportun de reprendre les trois catégories de base décrites ci-avant, au moins comme point de départ. Elles sont également utilisées dans la jurisprudence et la doctrine.

De manière générale, le terme de « fournisseur » désigne, dans le rapport, les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement. En effet, il faut garder à l'esprit la différence fondamentale entre les *fournisseurs de contenu* et les autres acteurs au niveau de la proximité avec le contenu transmis : les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès proposent une *prestation automatisée* à des fournisseurs de contenu et à leurs clients (et d'autres acteurs). Contrairement aux fournisseurs de contenu, les fournisseurs d'hébergement ne s'occupent pas – et encore moins les fournisseurs d'accès – de la mise en ligne des contenus qu'ils ont eux-mêmes élaborés ou choisis. Certains fournisseurs de contenu génèrent aussi automatiquement les données mises en ligne. Ils sont certes moins proches du contenu que les autres fournisseurs de contenu, mais davantage que les fournisseurs d'hébergement ou d'accès, qui ne font que permettre l'accès à des informations de tiers. C'est pourquoi il faut être conscient que les frontières entre ces catégories sont poreuses et que les formes mixtes ou particulières sont nombreuses (par ex. plateformes de réseaux sociaux, exploitants de moteurs de recherche). Par ailleurs, il est difficile de classer un certain nombre d'acteurs dans les définitions ci-dessus. C'est notamment le cas de ceux qui mettent des liens sur leurs pages ou des services qui jouent le rôle d'intermédiaires entre fournisseurs de publicité et fournisseurs de contenus.

Différents fournisseurs sont notamment attribués à la catégorie des *fournisseurs d'hébergement* par la doctrine et la jurisprudence alors que leurs services vont au-delà de l'hébergement traditionnel. Les fournisseurs d'hébergement traditionnels mettent à disposition une infrastructure technique pour la diffusion automatisée de données, mais n'entretiennent que des contacts indirects avec les données et doivent donc être considérés comme distants du contenu. Les plateformes de médias sociaux, telles que Facebook, Twitter ou YouTube, qui mettent à la disposition de leurs utilisateurs un cadre pour l'échange de contenus qu'ils ont eux-mêmes créés ou repris, sont déjà plus proches du contenu. Elles décident des possibilités d'interaction et de diffusion de contenus, mais ne vérifient généralement pas de manière préventive les énormes quantités de données que leurs utilisateurs mettent en ligne à toute heure du jour et de la nuit⁹. Les plateformes de vente aux enchères se comportent de manière similaire avec les offres de leurs utilisateurs. Les exploitants de plateformes de blogs, qui peuvent exercer une influence sur le choix des auteurs, ou de forums d'opinion, qui comptent souvent des membres enregistrés, ont davantage de maîtrise des contenus. Il leur est plus facile d'avoir une vue d'ensemble des données mises en ligne et d'exercer sur elles une influence. Sur les forums, il existe souvent un personnel d'encadrement (modérateurs). Enfin, les portails d'information ou les exploitants de blogs ont une importante capacité à contrôler les commentaires de leurs lecteurs. Ces possibilités d'influence rédactionnelle, très variables, doivent toujours être prises en compte dans l'examen des droits et des obligations des fournisseurs d'hébergement.

4 Actions en prévention ou en cessation de l'atteinte en cas de contenu illicite

Les actions en prévention ou en cessation de l'atteinte (« actions défensives ») ont une grande importance dans le domaine d'Internet. Si par exemple quelqu'un subit une atteinte à son honneur sur un réseau social, il est dans son intérêt que le contenu offensant soit supprimé le plus vite possible ; ou bien un titulaire de droits d'auteur dont l'œuvre peut être téléchargée illégalement voudra nécessairement l'empêcher. Malgré cela, un seul arrêt du

⁹ Voir à ce sujet le rapport du Conseil fédéral « Cadre juridique pour les médias sociaux » (note 1). YouTube fait par exemple état de 300 heures de matériel vidéo chargées chaque minute (www.youtube.com/yt/press/fr/statistics.html, voir aussi *Fountoulakis/Francey*, *medialex* 2014, 182).

Tribunal fédéral a été rendu concernant la responsabilité civile d'un fournisseur, et il n'est même pas paru dans le recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral¹⁰. Il n'est donc pas certain que les juges suprêmes le considèrent comme un arrêt de principe. Ils y ont conclu que l'hébergeur d'un blog pouvait se voir obligé de retirer un contenu constituant une atteinte à la personnalité même s'il ne savait rien du contenu du blog. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral se réfère à la formulation de l'art. 28, al. 1, du code civil¹¹, selon lequel il est possible d'agir en justice contre toute personne qui *participe* à une atteinte à la personnalité. Il estime que la *faute* du fournisseur n'est pas une condition, ce qui est usuel pour les actions en prévention ou en cessation de l'atteinte. Il appartient selon lui non à la justice, mais au législateur de réparer les conséquences que l'application du droit actuel pourrait avoir pour Internet et pour les hébergeurs de blogs.

La décision a été accueillie fraîchement par la doctrine. Certes, les auteurs ont approuvé la condamnation de la Tribune de Genève, mais ils ont reproché au Tribunal fédéral d'avoir reconnu, sans envisager aucune restriction, la légitimation passive de tous les participants à une atteinte à la personnalité. Ils ont aussi critiqué la décision de la condamner à une partie des frais sans lui avoir donné d'avertissement préalable ni lui avoir permis de satisfaire de son plein gré à la demande formée contre elle. La portée de cet arrêt et la possibilité de le transposer à d'autres domaines du droit ne sont pas certains. Il s'est cependant avéré que le cercle des personnes qui peuvent faire l'objet d'une action en prévention ou en cessation de l'atteinte est à peu près semblable, en droit de la concurrence déloyale et en droit de la propriété intellectuelle, que dans le droit de la protection de la personnalité et en droit de la protection des données¹².

Le cercle des personnes qui peuvent être visées en principe par une action en prévention ou en cessation de l'atteinte (légitimation passive) n'est toutefois pas illimité ; leur participation doit répondre à certaines conditions. Par exemple, il ne serait pas défendable d'admettre une action en cessation de l'atteinte contre l'entreprise de distribution d'électricité du fournisseur d'accès ou d'hébergement, bien qu'il ait aussi collaboré, *stricto sensu*, à l'atteinte. Le droit actuel permet de tenir compte de ces réserves. En premier lieu, le principe de proportionnalité doit être respecté. Le juge est tenu de faire une pesée des intérêts, en prenant en considération le fait que l'exécution de la décision judiciaire peut léser à son tour des intérêts du défendeur ou de tiers. Il doit également prendre en compte le coût de la mesure envisagée et les obligations du fournisseur envers ses clients. La liberté d'information (art. 16 de la Constitution [Cst.]¹³ et art. 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH]¹⁴) et la liberté économique (art. 27 Cst.) doivent aussi être mises dans la balance. En second lieu, la participation à l'acte peut certes être tout à fait accessoire, mais elle doit présenter avec celui-ci un lien de causalité adéquate. Le comportement incriminé doit, selon le cours naturel des choses et l'expérience générale de la vie, être de nature à provoquer la violation du droit. En d'autres termes, celle-ci doit sembler, de manière générale, favorisée par le comportement du fournisseur. L'action en prévention ou en cessation de l'atteinte doit être rejetée lorsque le lien avec l'atteinte est ténu ou que le fournisseur ne peut pas raisonnablement empêcher ou faire cesser l'atteinte.

Pour ce qui est de la responsabilité des contenus sur Internet, il faudrait, selon le Conseil fédéral, utiliser comme critère la *proximité* du fournisseur avec le contenu. Pour protéger les personnes concernées, il est souhaitable que les prestataires les plus impliqués, tels que les exploitants de plateformes, puissent être contraints de supprimer les contenus illicites sur la base d'une action défensive – dans le respect du principe de proportionnalité. Les fournisseurs d'accès à Internet, au contraire, fournissent des services de manière

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2011 du 14.1.2013 (arrêt Tribune de Genève).

¹¹ RS 210

¹² Cette assertion n'est pas incontestée dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, voir ch. 3.2.5 a) du rapport (note 3).

¹³ RS 101.

¹⁴ RS 0.101.

relativement automatique. On ne saurait raisonnablement exiger d'eux qu'ils interviennent directement dans les contenus sauvegardés sur leurs serveurs. Les actions contre des fournisseurs d'accès devraient donc en général être rejetées, ne serait-ce qu'en raison du manque de causalité adéquate. Il faut aussi noter qu'ils ne peuvent guère empêcher l'accès aux contenus illicites qu'en verrouillant les adresses IP ou DNS, mesure qui appelle un examen scrupuleux de la proportionnalité dans le cas d'espèce, un des soucis étant de ne pas bloquer, dans la mesure du possible, les contenus licites en même temps que les contenus illicites (*overblocking*).

Les actions en prévention de l'atteinte soulèvent une autre question encore : dans quelle mesure peut-on obliger les fournisseurs non seulement à supprimer des contenus mais aussi à empêcher qu'ils ne soient de nouveau mis en ligne (*stay down*) ? Cela impliquerait une surveillance permanente des informations mises en ligne. Cette question se pose seulement pour les fournisseurs d'hébergement, car il faudrait aux fournisseurs d'accès des moyens disproportionnés pour contrôler tous les contenus qui transitent par eux, à supposer même que cela soit possible. La doctrine rejette l'idée d'imposer de telles injonctions même aux fournisseurs d'hébergement. Face aux actions en prévention de l'atteinte, les tribunaux doivent tout particulièrement examiner avec soin la proportionnalité. Il est à supposer que, selon le droit en vigueur, un juge interdirait tout au plus au fournisseur de participer de nouveau à une atteinte particulière en présence d'un risque concret qu'elle se reproduise. Ces règles étant adéquates, le Conseil fédéral n'estime pas nécessaire d'édicter une règle générale sur les actions en prévention de l'atteinte contre les fournisseurs.

On a également examiné si, pour améliorer la sécurité juridique, il serait utile de préciser dans la loi contre quelles catégories d'acteurs d'Internet peut être dirigée une action défensive et contre lesquelles elle est exclue. Mais dans ce domaine où les rôles sont en constante évolution et peuvent difficilement être circonscrits par la loi, on a préféré renoncer à cette idée. Le droit en vigueur contient d'ailleurs, de l'avis du Conseil fédéral, un éventail d'instruments suffisant pour que les tribunaux puissent empêcher une dissémination des responsabilités.

5 Actions réparatrices

Un fournisseur n'est tenu de réparer le dommage dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle (art. 41 du code des obligations¹⁵) que si l'intention ou la négligence peut lui être imputée. Contrairement aux actions défensives examinées au point précédent, il est nécessaire qu'il y ait *faute* du fournisseur. En l'occurrence, il est peu probable que le fournisseur agisse intentionnellement, si bien que ce sont les *devoirs de diligence* qu'il doit respecter pour ne pas se rendre coupable de négligence qui sont en cause. Actuellement, ni la loi, ni des décisions de justice pertinentes ne concrétisent ces devoirs en Suisse.

Plusieurs cas de figure sont possibles. Les violations du droit ont-elles été signalées au fournisseur ? Pouvait-il ou devait-il s'attendre à ce qu'elles aient lieu, vu les circonstances particulières ? Faut-il aller jusqu'à exiger de manière générale d'un fournisseur qu'il contrôle si les contenus offerts par ses clients sont illicites ?

Les auteurs de doctrine écartent l'idée que le fournisseur d'accès soit tenu de réparer le dommage, pour la simple et bonne raison que procurer à ses clients seulement l'infrastructure qui leur permettra d'accéder à Internet est une participation à l'acte très marginale, pour laquelle on ne peut établir de lien de causalité adéquate¹⁶. Ils estiment que le fournisseur d'accès n'a pas de devoir général de surveillance ou de contrôle – à l'instar de ce que prévoit la réglementation de l'UE¹⁷.

¹⁵ RS 220.

¹⁶ Voir le rapport (note 3), ch. 4.1.1., c) et le chapitre ci-dessus concernant les actions défensives, ch. 4.

¹⁷ Art. 15 de la directive 2000/31/CE (directive sur le commerce électronique).

Par contre, la doctrine dominante reconnaît l'existence d'une causalité adéquate dans le cas des fournisseurs d'hébergement (y compris les exploitants de plateforme), car le fait d'offrir de l'espace mémoire ou des infrastructures de communication est de nature, selon le cours naturel des choses et l'expérience générale de la vie, à favoriser les violations du droit. Elle s'oppose toutefois à ce qu'ils aient une obligation générale de contrôler la licéité des contenus. Les fournisseurs d'hébergement n'ont manqué à leur devoir de diligence que s'ils n'ont pas réagi à des *indications* concrètes de violation *manifeste* du droit par des mesures qui pouvaient être raisonnablement exigées d'eux¹⁸. Le Conseil fédéral partage cette analyse. Le fournisseur ne doit supprimer des contenus de son propre chef qu'en cas de violation manifeste, afin d'éviter de devoir une réparation. L'obliger à supprimer des contenus lorsque l'illicéité est douteuse, c'est risquer d'établir une censure privée et de laisser supprimer des contenus licites.

Le Code of Conduct Hosting (CCH) de la Swiss Internet Industry Association (simsa) propose une procédure dite de « *notice and take down* » (notification et retrait de contenu illicite). Elaborée par les grandes entreprises de la branche, cette procédure correspond sans doute à ce que les fournisseurs d'hébergement sont disposés à faire. Le CCH ne contient pas d'obligation de chercher activement des informations sur les contenus sauvegardés, traités et rendus publiquement accessibles par les clients des hébergeurs, ni d'obligation de surveiller activement ces contenus. Il prévoit, en cas de notification, l'obligation de les examiner et d'agir en conséquence, par exemple de bloquer l'accès à un site Web si la notification concerne très probablement des contenus illicites. Les médias sociaux tels que Facebook et Twitter prévoient aussi des procédures de *notice and take down* dans leurs conditions générales. Le Conseil fédéral se félicite de l'existence de ces mesures d'autorégulation.

Le Conseil fédéral estime que les devoirs de diligence du fournisseur devraient être fonction de sa proximité avec le contenu. En l'absence d'une indication suffisante, par un tiers, d'une violation du droit, il faudrait appliquer les critères suivants :

- pour admettre l'existence d'une obligation d'empêcher ou de supprimer volontairement des contenus illicites, il faut avant tout que la violation du droit ait été prévisible en raison des circonstances, par exemple parce qu'il y en a déjà eu, ou, pour un portail d'information ou un hébergeur de blogs, parce que l'article diffusé est propre à susciter des commentaires de lecteurs extrêmes ;
- ce devoir de diligence ne concerne cependant que les fournisseurs proches du contenu. Il ne concerne pas les fournisseurs d'accès, qui, a priori, ne peuvent pas surveiller les contenus qu'ils transmettent, ou ne le pourraient qu'au prix d'un effort disproportionné. Les fournisseurs d'hébergement classiques, dont les prestations sont largement automatisées, ne devraient pas non plus être tenus de contrôler préventivement les contenus qu'ils rendent publics, car cela ralentirait par trop la mise en ligne des contenus, même licites. L'obligation de déceler et supprimer les contenus illicites devrait plutôt, selon le Conseil fédéral, concerner des fournisseurs proches du contenu, comme les portails d'actualités ou les hébergeurs de forums et de blogs, car l'on peut admettre qu'ils sont susceptibles d'avoir une certaine vue d'ensemble et d'exercer un contrôle des contenus mis en ligne sur leurs serveurs.

Au terme de cette analyse, le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de prendre des mesures législatives d'application générale. On pourrait certes codifier la procédure de blocage, assortie d'exonérations de responsabilité, mais cela pourrait inciter les fournisseurs (qui n'ont pas forcément les connaissances juridiques nécessaires pour apprécier en droit la licéité d'un contenu) à supprimer à tout va les contenus qui font l'objet d'une notification, en violant la liberté d'expression de leurs clients. On n'a donc prévu de codification de la procédure de notification et de retrait de contenu illicite que dans la lutte contre le piratage des œuvres protégées par le droit d'auteur.

¹⁸ Voir le rapport (note 3), ch. 4.1.1., d).

Les exigences en matière de diligence doivent être fixées par les tribunaux au cas par cas ; elles ne se prêtent pas à une réglementation légale. Les principes exposés ci-dessus peuvent servir de guide pour leur mise en œuvre.

6 Droit à l'information à l'égard des fournisseurs

La question qui se pose est celle de savoir si la personne lésée pourrait se voir accorder le droit d'exiger du fournisseur qu'il lui donne le nom de la personne qui détient le raccordement Internet (ou l'adresse IP) par laquelle l'atteinte a eu lieu, et les conditions auxquelles elle peut le faire. Faute de procédure contre inconnu dans le droit civil, l'identification de l'auteur de l'atteinte est une condition *sine qua non* pour le poursuivre devant un tribunal. Le droit à l'information n'existe pas en droit civil. Le droit pénal – où il est possible d'ouvrir une procédure contre inconnu – revêt donc ici une importance particulière. En d'autres termes, un comportement doit *relever du droit pénal* pour justifier la levée du secret des télécommunications et de l'anonymat d'Internet. Pour le Conseil fédéral, il se justifie de s'en tenir à cette conception. Toutefois, l'identification sera possible dans le domaine spécifique du droit d'auteur, dans les cas très limités où la violation est grave et où les recherches n'ont rien donné.

En outre, si l'on instaurait un droit général à l'information de ce genre en matière civile, il faudrait que les données nécessaires soient sauvegardées pendant un certain temps ; or la question de la conservation (et de la durée de conservation) de l'identité des détenteurs des adresses IP est une question délicate en droit de la *protection des données*. Il est donc préférable de s'abstenir de prendre une telle mesure.

7 Procédure

Comme on l'a vu plus haut, les actions en prévention ou en cessation de l'atteinte ne doivent pas se fonder sur une faute. De ce fait, un défendeur qui n'a pas commis de faute peut néanmoins, s'il perd le procès, être condamné aux *frais* (frais judiciaires et dépens), selon les règles générales de répartition des frais en procédure civile¹⁹. Cela peut être choquant dans certains cas, surtout lorsque le défendeur aurait donné droit à la demande volontairement, et on a vu que l'arrêt Tribune de Genève a été critiqué sur ce point par la doctrine²⁰. Il s'agit toutefois d'un corollaire des actions qui ne sont pas fondées sur une faute et non d'une particularité de la responsabilité des fournisseurs Internet. Il suffit d'une action ou d'une omission illicite pour que la demande soit recevable. Celui qui remplit cette condition peut être confronté sans avertissement à une procédure judiciaire, même dans d'autres domaines du droit civil.

Les tribunaux ont déjà la possibilité, aujourd'hui, de répartir les frais selon leur appréciation et donc de les imputer à un demandeur qui a gain de cause mais qui a omis d'avertir le défendeur avant d'engager une action contre lui²¹. Notons cependant qu'on ne peut pas toujours raisonnablement exiger du demandeur qu'il donne un avertissement préalable au défendeur. Il est souvent justifié de chercher tout de suite la protection des tribunaux. Plusieurs facteurs entrent en jeu : la nature du bien juridique lésé, la gravité de l'atteinte et la probabilité que le défendeur accède de son plein gré à la demande. La règle prévue à l'art. 107 CPC permet de tenir compte des particularités du cas d'espèce. Il ne semble pas utile de prévoir une norme spéciale disposant que les frais sont imputés au demandeur, à moins que le défendeur n'ait reçu un avis formel préalable et n'ait reconnu immédiatement la demande. La question de la répartition des frais devrait toutefois être examinée dans son ensemble dans le cadre de l'évaluation du CPC qui devrait avoir lieu prochainement²².

¹⁹ Art. 106 du code de procédure civile (CPC) ; RS 272.

²⁰ Voir ch. 4.

²¹ Voir l'art. 107, al. 1, let. b, e et f, CPC.

²² Voir le postulat Vogler 14.3804 « Code de procédure civile. Premiers enseignements et améliorations » du 24.9.2014 et la motion de la CAJ-E 14.4008 « Adaptation du code de procédure civile » du 17.11.2014.

Le rapport étudie aussi les dispositions du droit suisse concernant la compétence et le droit applicable dans les *cas présentant des aspects internationaux*. De l'avis du Conseil fédéral, elles sont suffisantes et bien fondées. Certes, faire appliquer les décisions suisses à l'étranger ne va pas sans difficultés, mais c'est là un problème général qui ne peut pas être résolu unilatéralement par la législation suisse. Il est plus utile de conclure des traités d'entraide judiciaire, qui prévoient par exemple la notification directe par courrier postal des actes judiciaires, ce qui accélère considérablement les procédures civiles. Des traités de ce type ont été conclus avec de nombreux pays d'une certaine importance.

8 Conclusion

Au vu des considérations qui précèdent, il n'apparaît pas approprié, actuellement, d'édicter des dispositions générales sur la responsabilité civile des fournisseurs. Le rapport du Conseil fédéral devrait cependant apporter une contribution au développement du droit et à la sécurité juridique, par son analyse et son appréciation de la situation juridique actuelle.