

Affaire AARRGH : première et singulière application du « référé LCEN »

A propos de l'ordonnance de référé du TGI Paris du 13 juin 2005

Par Olivier MASSET
Juriste NTIC

E-mail : oliviermasset@hotmail.com

Introduction

Près d'un an après l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique instituant une nouvelle procédure de référé pour les contenus illicites en ligne, le président du TGI de Paris vient d'enjoindre à plusieurs fournisseurs d'accès de filtrer l'accès depuis le territoire national à un site Internet hébergé l'étranger¹.

Le 7 février 2005, plusieurs associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme parmi lesquelles L'Union des Etudiants Juifs de France (UEJF), SOS Racisme, J'accuse ! - Action internationale pour la justice (AIJP), la Ligue française pour la Défense des droits de l'Homme et du Citoyen, et le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) ont en effet assigné en référé la sociétés OLM-LLC, ThePlanet.com Internet Services, Inc, puis la société GLOBAL LLC, toutes trois basées aux Etats-Unis en leur qualité de fournisseur d'hébergement du site Internet de l'Association des Anciens Amateurs de Récits de Guerre et d'Holocauste (AAARGH), décrite par les demandresses comme étant pionnière du négationnisme en langue française sur le réseau.

Cette procédure avait pour objet de porter à la connaissance des hébergeurs le caractère dommageable occasionné par les contenus du site Internet de l'AAARGH, conformément aux dispositions de l'article 6-I de la LCEN, à en obtenir le retrait sur le fondement de l'article 6-I.8 ainsi que l'identification de leur éditeur suivant les dispositions de l'article 6-II de la même loi.

Mais dans le même temps, près d'une dizaine de fournisseurs d'accès à Internet ont été assignés en intervention forcée – parmi lesquels FREE, TISCALI ACCESS, NEUF TELECOM ou encore AOL France – sur le fondement de l'article 6-I.8 de la LCEN, lequel prévoit un recours subsidiaire à l'encontre des FAI en l'absence de mesures prises par les hébergeurs eux-mêmes.

Les associations demandresses sollicitaient ainsi la réouverture des débats dans un délai de trente jours à compter de l'ordonnance de référé afin de présenter à l'encontre des FAI une demande de filtrage au niveau national si les hébergeurs n'avaient pas exécuté les obligations leur incombant.

Dans son ordonnance du 13 juin 2005, M. Binoche, Vice-Président du TGI de Paris a donc fait injonction aux FAI « *de mettre en oeuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français* » au site de l'AAARGH, estimant que les difficultés invoquées par les FAI au cours des débats « *ne sauraient justifier un renoncement à agir* ». Les FAI disposent d'un délai de dix jours à compter de l'ordonnance pour justifier auprès des demandresses des dispositifs précisément mis en oeuvre pour y parvenir. « *En cas de difficultés* », ces dernières pourront néanmoins en référer au juge.

L'ordonnance rapportée mérite ainsi de formuler quelques observations sur la procédure du « référé LCEN » mise ne oeuvre pour la première fois (I) ainsi que sur l'absence de mesure concrète ordonnée par le juge (II).

¹ TGI Paris, référé, 13 juin 2005, UEJF, SOS Racisme, J'Accuse, MRAP... c/ OLM, Planet.com, France Télécom, Free, AOL France et a., *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=717>>.

I. Un référé qui n'en est plus vraiment un

Dans l'affaire qui nous est rapportée, le principal chef de demande prend pour fondement les dispositions de l'article 6-I.8 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 selon lesquelles l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne physique ou morale qui assure, même à titre gratuit, pour une mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires du service – autrement dit, les prestataires d'hébergement – ou à défaut, à toute personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne – autrement dit, les fournisseurs d'accès – toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

Le « référé LCEN » comme il convient de l'appeler ici, résulte de la transposition des articles 12 et 14 de la Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique².

L'idée même d'instituer, un référé *ad hoc* pour les contentieux de l'Internet a pu surprendre. Le *Forum des droits sur l'internet* avait ainsi indiqué que cette nouvelle procédure n'apportait « *aucun pouvoir supplémentaire au juge au regard de ceux qui lui sont conférés par les articles 808 et 809 du nouveau code de procédure civile* »³.

Lors de la deuxième lecture de la LCEN au Sénat, M. Bruno Sido, reconnaissait lui même que « *le juge peut déjà, sur la base des articles 808 et 809 du nouveau code de procédure civile, prescrire des mesures afin de faire cesser le dommage résultant du caractère illicite des données accessibles sur Internet* » et M Patrick Devedjian, ministre délégué à l'industrie de confirmer que cette procédure renvoyait, aux articles 808 et 809 du nouveau code de procédure civile aux termes desquels, « *le juge peut prendre toutes décisions qu'il estime nécessaire pour faire cesser le dommage, y compris pour faire cesser l'accès aux contenus illicites* »⁴.

Dans les contentieux relatifs aux contenus considérés comme illicites sur Internet, les dispositions des articles 808 et 809 du Nouveau code de procédure peuvent en effet être utilement invoquées par les plaideurs pour obtenir, en référé, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent en l'absence de contestation sérieuse⁵ ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite⁶.

Certes, selon l'article 808 du Nouveau code de procédure civile, l'absence de contestation sérieuse implique l'évidence de la solution qu'appelle le point contesté⁷ si bien que les difficultés sérieuses inhérentes à l'exécution de la mesure sollicitée peuvent compromettre une action en référé. Il a par exemple été jugé que la mesure qui entraînerait des travaux qui, par leur coût et leur portée, occasionneraient des frais et des perturbations trop importantes engendrait une contestation sérieuse⁸. Dès lors, une demande de filtrage formée en référé sur le fondement de l'article 808 du NCPC risquerait d'être compromise tant la mesure sollicitée, par son coût et sa portée pourrait soulever une contestation sérieuse.

² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000. Texte publié au Journal officiel des Communautés européennes n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, disponible sur le site du Forum des droits sur l'internet : <http://www.foruminternet.org/documents/textes_europeens/lire.phtml?id=35>.

³ Voir la Recommandation du Forum des droits sur l'internet 6 février 2003 sur le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Foruminternet.org*, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.pdf>>.

⁴ Voir le compte rendu intégral des discussions en séance publique du jeudi 8 avril 2004, *Assemblée-nationale.fr*, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp>.

⁵ Article 808 du NCPC : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

⁶ Art. 809 al 1 du NCPC : « *Le président peut toujours, (Décr. no 87-434 du 17 juin 1987) «même en présence d'une contestation sérieuse», prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

⁷ Civ. 1re, 28 juin 1965: Bull. civ. I, no 429 ; Com. 20 juill. 1971: *ibid.* IV, no 220 ; Amiens, 7 mai 1974: D. 1975. 263 ; TGI Paris, réf., 30 avr. 1987: Gaz. Pal. 1987. 2. 390.

⁸ Com. 8 déc. 1989: Bull. civ. IV, no 270.

Cependant, selon le premier alinéa de l'article 809 al 1er du NCPC, l'existence d'une contestation sérieuse n'empêche pas le juge des référés de prendre les mesures propres à mettre un terme à un trouble manifestement illicite⁹. Il a d'ailleurs été jugé que les écrits ayant pour but avoué la négation du génocide juif causaient un tel trouble¹⁰.

Dès lors, quelles sont les spécificités de cette nouvelle procédure de référé ? De toute évidence, l'article 6-I.8 de la LCEN comprend deux nouvelles conditions sensées rendre son application plus avantageuse pour les demandeurs. Il s'agit du recours subsidiaire contre les fournisseurs d'accès ainsi que les éléments laissés à l'appréciation du juge de l'évidence.

A. Analyse du principe de subsidiarité

1. Les fondements

L'article 6-I.8 de la LCEN prévoit un recours préalable auprès des fournisseurs d'hébergement et, à défaut, auprès des fournisseurs d'accès.

Un des objectifs affichés pour justifier cette subsidiarité est de permettre aux ayants droit d'obtenir des FAI des mesures de filtrage de fichiers contrefaisants sur les réseaux *Peer-to-Peer*, une technologie qui par définition n'utilise pas de centres serveurs.

En effet, au cours des débats qui ont eu lieu le 8 avril 2004 au Sénat¹¹, Mme Danièle Pourtaud a indiqué que le texte permettait « *d'envisager toute la palette des mesures auxquelles le juge peut faire appel pour faire cesser le dommage. On parle là principalement des menaces qui pèsent sur les industries culturelles* ». Les rédacteurs de cette nouvelle disposition semblaient donc animés par une volonté affichée « *d'adresser un signal clair à tous les intermédiaires techniques pour leur dire que leur responsabilité pourrait être engagée si, étant saisis d'une plainte concernant le pillage d'une oeuvre intellectuelle, ils ne le font pas cesser, y compris s'il s'agit d'un fournisseur d'accès* ».

Mais dans un registre plus proche de notre problématique, on se souvient surtout de l'affaire Front 14 en 2001, dans laquelle le juge Gomez avait dû déplorer « *l'absence de débat sur une participation plus dynamique de l'ensemble des acteurs d'Internet et donc des prestataires techniques, en ceux compris des fournisseurs d'accès à Internet, à la régulation du réseau* » et qui s'était déclaré inquiet de « *voir se développer « des paradis de l'internet » comme se sont déjà développés des « paradis fiscaux » où il sera de plus en plus difficile d'atteindre les cyberdélinquants de tout poils* »¹².

Alors, les Etats-Unis constituent-ils une nouvelle « *terre d'asile* » pour les sites négationnistes protégés par le premier amendement ? L'affaire qui nous est rapportée peut le faire craindre, mais depuis 2001 l'appel du juge Gomez a été entendu par le législateur qui a intégré une nouvelle procédure de référé dans le dispositif de la LCEN permettant de faire face aux situations dans lesquelles les hébergeurs sont situés à l'étranger et où le droit français a peu d'emprise¹³.

Dans leur rapport du 11 juin 2003¹⁴, MM. Pierre Hérisson et Bruno Sido avaient ainsi précisé que ce référé LCEN, a pour objet « *d'inciter les autorités judiciaires à ordonner prioritairement des mesures visant les hébergeurs* ». Le juge ne serait conduit à prescrire aux fournisseurs d'accès d'empêcher la consultation d'un contenu mis en ligne « *qu'en l'absence d'autre solution permettant de faire cesser le dommage -« à défaut »-, c'est-à-dire, concrètement, lorsque le site illicite est hébergé à l'étranger et qu'il est donc impossible de faire comparaître l'hébergeur* ».

⁹ Civ. 1re, 19 févr. 1980: Gaz. Pal. 1980. 2. Panor. 359; Civ. 3e, 12 mai 1981: Bull. civ. III, no 61 Com. 2 oct. 1984: ibid. IV, no 251.

¹⁰ Civ. 2e, 25 nov. 1992: Bull. civ. II, no 279 ; Paris, 31 oct. 1990: Gaz. Pal. 1991. 1. 311, note Bilger.

¹¹ Voir le compte rendu intégral des discussions en séance publique du jeudi 8 avril 2004, Assemblée-nationale.fr, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp>.

¹² TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, J'accuse c/ Société General Communication et a, *Juris-Data* n° 2001-155031 ; *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=313>>.

¹³ Voir à propos de l'affaire « Yahoo », la décision de la Cour de District de Californie du 7 novembre 2001, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm#texte>>.

¹⁴ Rapport de MM. Pierre Hérisson et Bruno Sido, au nom de la commission des affaires économiques, n° 345 (2002-2003), déposé le 11 juin 2003, Senat.fr, <http://www.senat.fr/rap/02-345/02-345_mono.html>.

La rédaction de l'article 6-I.8 de la LCEN porterait donc l'exigence du juge prioritairement sur l'hébergeur puis, à défaut seulement, sur le fournisseur d'accès car, seule la cessation du stockage de données se révèle efficace dans la lutte contre les contenus illicites diffusés sur Internet.

2. Les contraintes liées à un recours préalable contre tous les hébergeurs

En faisant des hébergeurs la première cible obligatoire de l'action du juge, cet objectif d'efficacité est-il réellement atteint ? Rien n'est moins sûr car cela reviendrait en quelque sorte à obliger les demandeurs à assigner préalablement tous les hébergeurs concernés et ce n'est qu'après avoir fait constater leur inaction, qu'une demande pourrait être formée à l'encontre des fournisseurs d'accès.

Il ne s'agit pas ici d'une simple hypothèse d'école puisque, dans son ordonnance du 25 mars 2005, le juge Binoche a cru bon d'ordonner la réouverture des débats au 20 avril 2005 pour permettre aux demanderesses notamment, d'assigner la société GLOBAT, LLC révélée au cours des débats comme étant le nouvel hébergeur du site de l'AAARGH.

On voit donc poindre l'effet pervers d'une procédure dite « *d'urgence* », dans laquelle les demandeurs risquent fort d'être pénalisés par de multiples renvois lorsque, l'exploitant du site litigieux procède, de façon dilatoire à des délocalisations successives vers de nouveaux fournisseurs d'hébergement.

3. Les limites à l'action préalable contre les fournisseurs d'hébergement

Sans doute pour ne pas faire durer davantage cette procédure, le juge Binoche a retenu une interprétation plutôt large des mesures à prendre à l'encontre des hébergeurs.

Il avait pourtant été soutenu par les FAI qu'en l'absence de renvoi de tous les accusés de réception de la signification de l'ordonnance du 20 avril 2005, comportant les injonctions faites à l'encontre des hébergeurs, la demande formée à titre subsidiaire à l'encontre des FAI était irrecevable¹⁵.

De même, la société *Suez Lyonnaise Telecom* s'était émue d'être appelée à mettre en œuvre une mesure de filtrage alors qu'aucune demande d'exequatur de l'ordonnance rendue à l'encontre des prestataires d'hébergement en vue de son exécution n'avait été faite.

Enfin, le juge lui-même a pu relever que les prestataires d'hébergement n'avaient pas été réassignés pour qu'il soit porté à leur connaissance les demandes tendant à la liquidation de l'astreinte.

Ceci ne l'a pourtant pas empêché de considérer « *qu'il ne peut ainsi être imposé aux demandeurs qui ont agi à l'égard de trois prestataires des diligences telles que celles tendant à obtenir l'assurance d'une connaissance effective par ceux-ci de la décision à une date telle qu'ils puissent s'exécuter, voire de sa mise à exécution* » et le juge de préciser, que ces diligences seraient « *incompatibles avec les exigences d'une procédure conçue pour la prise rapide de mesures à caractère provisoire* ».

En d'autres termes, peu important que les hébergeurs aient eu ou non une connaissance effective de l'ordonnance leur enjoignant de suspendre l'hébergement du site litigieux, ni même besoin de la faire exécuter pour se prononcer sur l'obligation pesant sur les FAI. L'urgence pourtant oubliée dans un premier temps commanderait désormais de s'affranchir de l'essentiel, c'est-à-dire de l'effectivité de l'ordonnance rendue à l'encontre des prestataires d'hébergements.

Le juge a en effet cru bon de s'en référer aux seules craintes des demanderesses qui, dès le départ ont tenu pour acquis le fait qu'elles ne pourraient de toute façon faire exécuter l'ordonnance du juge parisien aux Etats-Unis. Certes, on peut comprendre ce fatalisme car les hébergeurs avaient fait part de leurs réticences au cours des débats.

Sans doute, le « *à défaut* » de l'article 6-I.8 de la LCEN autorise une large interprétation des mesures à prendre préalablement à l'encontre des hébergeurs mais on peut s'interroger sur le point de savoir

¹⁵ Selon les dispositions de l'article 686 du Nouveau Code de Procédure Civile en effet : « *l'huissier de justice doit, le jour même de la signification faite au parquet, ou au plus tard, le premier jour ouvrable, expédier au destinataire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une copie certifiée conforme de l'acte signifié* ». Voir pour exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 février 2002 subordonnant la validité de l'acte au retour de l'accusé de réception : Paris, 13 févr. 2002 : *Bull. ch. Avoués* 2002.1.22.

quelle aurait été la position du juge dans une procédure ayant souffert de moins de renvois. Aurait-il alors raisonné de la même manière ? Ceci participe au sentiment général de confusion qui entoure la mise en application du référé LCEN.

4. Rupture d'égalité entre les FAI

Dans cette affaire, seule une dizaine de FAI sont concernés par la demande de filtrage formée par les associations de défense de la mémoire du génocide juif. Pourtant, lors de la discussion de la LCEN au Sénat, il avait été question « *d'agir auprès de chaque fournisseur d'accès opérant en France* »¹⁶.

En 2001 déjà, à l'occasion des auditions d'experts menées par le Juge Gomez dans l'affaire Front 14, M. Kaplan, vice président de l'*Internet Society*, et M. Meindi, professeur de droit constitutionnel, avaient insisté sur la nécessité d'appeler tous les FAI nationaux dans de telles procédures au risque, selon M. Meindi « *d'y avoir une rupture d'égalité devant les charges publiques entre les divers fournisseurs d'accès si certains se voyaient imposer des dépenses au titre des mesures de régulation, les FAI assignées et pas les autres* »¹⁷.

Alors si le « référé LCEN » fait en principe des hébergeurs les premières cibles du juge, force est de reconnaître qu'en matière d'hébergements extraterritoriaux, les FAI seront finalement toujours les seuls à endosser le poids d'une responsabilité qui incombe, est-il besoin de le préciser, à l'éditeur lui-même.

Bien entendu, on ne peut reprocher au juge des référés de ne pas avoir suffisamment pris en considération la responsabilité première de l'éditeur car les dispositions de l'article 6-I.8 de la LCEN sur lesquelles l'action était fondée n'y font pas référence. Seul le législateur aurait pu intégrer cette notion dans le dispositif pour instaurer un principe efficace de responsabilité en cascade.

B. De l'évidence d'un « trouble manifestement illicite » à l'appréciation souveraine d'un dommage

L'article 6-I.8 de la LCEN permet au juge de prendre « *toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne* ».

Alors que l'objectif affiché du gouvernement était de rester fidèle au droit commun du référé tel qu'il résulte des articles 808 et 809 du NCPC, on peut s'étonner de cette rédaction qui ne reprend pas la notion de « *trouble manifestement illicite* » pourtant essentielle dans le cadre d'une procédure en référé où le juge est appelé à statuer sur les éléments évidents portés à sa connaissance.

Certes, dans l'affaire commentée, l'existence du dommage subi par les associations demanderesse n'est pas contestable mais il est possible que dans d'autres instances le dommage allégué soit moins évident à déterminer, amenant ainsi le juge à porter une appréciation au fond¹⁸, ce qui ne relève pas de sa compétence.

Les défenseurs de l'article 6-I.8 de la LCEN pourraient alors arguer du fait que le juge des référés peut tout de même faire appel aux notions familières des articles 808 et 809 du NCPC seulement, selon l'article 810 du NCPC, les pouvoirs du président du tribunal de grande instance prévus aux articles 808 et 809 du NCPC s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé. En d'autres termes, l'article 6-I.8 de la LCEN instituant une procédure particulière de référé pourrait être considéré comme exclusif du droit commun.

¹⁶ Propos tenu par Mme Danièle Pourtaud, Voir le compte rendu intégral des discussions en séance publique du jeudi 8 avril 2004 : *Assemblée-nationale.fr*, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp>.

¹⁷ TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, J'accuse c/ Société General Communication et a, *Juris-Data* n° 2001-155031 ; *Juriscor.net*, <<http://www.juriscor.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20011030.htm>>.

¹⁸ La jurisprudence considère le juge des référés comme « *le juge de l'évident et de l'incontestable* » : TGI Paris, réf., 26 nov. 1980: JCP 1981. IV. 378 ; 7 févr. 1979: Gaz. Pal. 1980. 1. 48 ; *RTD civ.* 1980. 398, obs. Normand, 25 janv. 1991: Gaz. Pal. 1991. Somm. 226.

Si ceci venait à être confirmé dans de prochaines instances, l'utilisation de cette nouvelle forme de référé risque fort d'aboutir à un rallongement des délais de procédure du fait de l'assignation préalable de l'ensemble des fournisseurs d'hébergement concernés ou, amener le juge à statuer au fond sur l'existence d'un dommage, ce qui est contraire à l'esprit et à l'intérêt même d'une procédure en référé.

Plus rien ne distinguerait alors le « référé LCEN » à une simple procédure au fond.

En première lecture de la LCEN devant l'Assemblée nationale¹⁹, le député Patrice Martin-Lalande avait pourtant soutenu un amendement afin que les modalités de cette procédure de référé soient définies par décret en Conseil d'Etat. Cet amendement a finalement été retiré après l'avis défavorable du rapporteur M. Jean Dionis du Séjour et du gouvernement.

II. Une ordonnance sans mesure précise

L'ordonnance rendue par le Vice président du TGI de Paris ne manque pas de surprendre à deux égards. Premièrement, aucune mesure conservatoire précise n'a été ordonnée. Le juge Binoche a en effet préféré fixer un objectif à atteindre aux FAI, renvoyant pour ainsi dire les parties dos à dos.

Par ailleurs, les arguments des FAI tirés de l'inefficacité et de la dangerosité des mesures de filtrages laissées à leur appréciation n'ont, apparemment pas été compris par le juge qui n'a appréhendé que le volet technique de leur mise en œuvre.

A. Des parties renvoyées dos à dos

Dans son ordonnance du 13 juin 2005, le juge Binoche a enjoint aux FAI de « *mettre en œuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français au contenu du service de communication en ligne hébergé actuellement à l'adresse [...]»*.

L'argument tiré des « *difficultés invoquées* » par les FAI ne saurait « *justifier un renoncement à agir* ». En conséquence, mais sans prononcer d'astreinte à leur encontre, il est demandé aux fournisseurs d'accès à Internet appelés en la cause de mettre en œuvre tous les moyens dont ils peuvent disposer pour empêcher l'accès au site litigieux.

Ces mesures doivent être mises en œuvre dans un délai de 10 jours à compter de l'ordonnance, avec l'obligation de rendre compte aux associations demanderesse des dispositifs techniques mis en place pour atteindre l'objectif fixé, le juge invitant d'ailleurs ces dernières à revenir vers lui « *en cas de difficultés* ».

Les demanderesse, par contre sont seulement « *invitées* » à tenir informés les FAI de l'état d'avancement des procédures engagées à l'encontre des fournisseurs d'hébergement, « *de nature à permettre l'allègement, voire la suppression des dispositifs mis en place* ».

Ainsi le juge des référés a suivi les réquisitions du procureur de la République qui, au cours de l'audience de référé du 30 mai dernier avait estimé qu'il « *apparaît nécessaire que le tribunal ordonne aux fournisseurs d'accès Internet de tout mettre en œuvre pour trouver les moyens de faire cesser le trouble représenté par ce site* »²⁰.

Maître François Illouz, avocat de la société *Suez Lyonnaise Telecom*, appelée en intervention forcée, s'était alors étonné par ces réquisitions car « *à aucun moment le mot de « filtrage » n'avait été prononcé* ».

Ce terme n'apparaît pas non plus clairement dans l'ordonnance du juge Binoche qui par extraordinaire, n'ordonne aucune mesure précise à mettre en œuvre mais se contente de fixer un objectif à atteindre. Nous sommes donc bien loin du droit commun du référé et même de l'esprit de l'article 6-I.8 de la LCEN.

¹⁹ Voir le compte rendu intégral des discussions en séance publique du mercredi 26 février 2003, *Assemblée nationale.fr*, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp>.

²⁰ Philippe Crouzillacq, « Les FAI mis en cause pour l'accès à un site révisionniste », *01net.com*, 31 mai 2005, <<http://www.01net.com/article/279716.html>>.

Cette originalité servira-t-elle les intérêts des associations demanderessees ou ceux des FAI ?

Certains commentateurs, relèvent que les FAI pourraient ainsi en profiter pour effectuer une « *expérimentation à échelle réelle* » et « *démontrer concrètement l'inefficacité ou les effets pervers* » des mesures propres à faire cesser le dommage²¹.

Ce qui est surtout remis en question ce n'est pas tant la faisabilité technique de telle ou telle mesure de filtrage mais bien son efficacité.

Dans son ordonnance, le juge avait d'ailleurs constaté qu'« *aucune analyse précise s'appliquant à l'architecture de tel ou tel fournisseur* » n'avait pu être versée aux débats par les FAI. Dès lors, comment les choses pourraient-elles être différentes aujourd'hui ?

B. Faisabilité ou efficacité des solutions de filtrage ?

Dans une ordonnance du 11 décembre 2002, un juge d'instruction du Canton de Vaud en Suisse avait enjoint aux fournisseurs d'accès à Internet de « *créer des règles dans le serveur proxy mis à la disposition des utilisateurs visant à interdire l'accès aux sites contestés, sous-répertoires inclus, et modifier leurs serveurs DNS de façon que le nom de domaine aboutisse sur une page vide* »²².

En France, dans une ordonnance de référé du Tribunal de Grande Instance de Lille du 17 septembre 2002, le juge avait également ordonné la suspension de l'accès à un site sur le fondement d'une assignation pour contrefaçon²³.

Dans l'affaire *Yahoo*²⁴, la faisabilité technique d'un filtrage au niveau national avait été amplement discutée et commentée par les experts et les juristes de l'époque. Certes il était alors question d'obtenir de *Yahoo Inc* un filtrage des adresses IP, lesquelles permettent dans 70 % des cas d'identifier les FAI français, et non pas d'imposer aux FAI nationaux le filtrage des contenus litigieux.

Les fournisseurs d'accès à Internet ont toujours défendu que la mise en œuvre d'un filtrage de contenu est coûteuse et complexe, que son efficacité est contestable, les contournements étant toujours possibles que ce soit au niveau des adresses IP, des serveurs de noms de domaine (DNS), de l'URL ou des réseaux *Peer-to-Peer* qui offrent généralement la possibilité de changer les ports de communication.

Dans l'affaire commentée, les FAI ont objecté que la définition du filtrage posait elle-même problème car « *Tous les FAI n'ont pas la même architecture de réseaux et tous ne peuvent pas filtrer de la même manière. Ainsi 99 % des FAI nommés dans ce dossier n'ont pas de serveur proxy. Ce qui, concrètement, signifie qu'ils ne peuvent pas filtrer les sous URL* » et d'indiquer que le filtrage de l'URL « *présenterait le risque certain de bloquer l'accès à des sites parfaitement légaux* »²⁵.

Selon M. Stéphane Marcovitch, délégué général de l'AFA²⁶, le filtrage au niveau de l'adresse IP entraînerait des dommages collatéraux extrêmement lourds, car cela reviendrait à couper l'accès à tous les sites domiciliés chez le même hébergeur que le site incriminé. Le risque serait dans cette hypothèse que l'éditeur choisisse volontairement de délocaliser son site vers un service d'hébergement gratuit. Plusieurs dizaines de milliers de sites parfaitement licites pourraient ainsi être interdits d'accès depuis la France.

²¹ Lionel Thoumyre, « Aaargh : une ordonnance finalement mesurée », *Journaldunet.com*, 17 juin 2005, <<http://www.journaldunet.com/tribune/050617thoumyre.shtml>>.

²² Benoît Tabaka, « Filtrage par les fournisseurs d'accès : vers le grand nettoyage de la toile d'araignée mondiale », *Juriscor.net*, <<http://www.juriscor.net/actu/visu.php?ID=240>>.

²³ Tribunal de grande instance de Lille, ordonnance de référé, 17 septembre 2002, *Foruminternet.org*, <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=397>>.

²⁴ Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 20 novembre 2000, *Juriscor.net*, <<http://www.juriscor.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm#texte>>.

²⁵ Philippe Crouzillacq, « Les FAI mis en cause pour l'accès à un site révisionniste », *01net.com*, <<http://www.01net.com/article/279716.html>>.

²⁶ Propos recueillis par Philippe Crouzillacq, « La justice ordonne aux FAI de couper l'accès à un site Internet », *01net.com*, 13 juin 2005, « <http://www.01net.com> ».

S'agissant du filtrage au niveau du DNS, il est notoirement connu que cette solution est aisément contournable en utilisant des anonymiseurs. Le site Internet de l'AAARGH comporte d'ailleurs de nombreux conseils pratiques pour déjouer cette mesure.

Dans un récent rapport d'étude sur les solutions de filtrage des échanges de musique sur Internet dans les domaines du *Peer-to-Peer* du 9 mars 2005²⁷ remis au Ministre de la culture par Antoine Brugidou, directeur associé chez *Accenture* et Gilles Kahn, président de l'INRIA, il a encore été soutenu que le filtrage systématique de l'Internet pouvait soulever des difficultés. Les experts recommandent ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet puissent proposer, après expérimentation, l'installation de systèmes de filtrage sur le poste de travail de leurs abonnés, si ces derniers en font la demande.

La faisabilité technique de telle ou telle solution de filtrage n'est donc pas remise en cause par les FAI sauf peut-être sur la question des proxy. Ce qui pose problème c'est donc bien l'efficacité de ces mesures car on le voit, les solutions de contournement sont nombreuses et les dommages collatéraux sont loin d'être négligeables.

Pourtant le juge a considéré « *qu'il appartient à chacun des fournisseurs d'accès [...] en tenant compte des caractéristiques de son réseau, de mettre en œuvre tous les moyens dont il peut disposer en l'état actuel de sa structure et de la technologie, seul ou s'il estime opportun syndiqué avec d'autres, pour remplir cette obligation, sauf à démontrer pour chacun d'eux l'impossibilité technique d'y parvenir* ».

Dès lors, les FAI ne pourront, dans les jours qui viennent, arguer de l'inefficacité et des dangers des mesures mises en œuvre. Soumis à une simple obligation de moyens sur les aspects techniques du filtrage²⁸, ils devront en référer aux associations demanderesses et, le cas échéant apporter chacun une preuve négative en cas d'inexécution.

La question reste cependant entière sur la suite des événements « *en cas de difficultés* » d'exécution. Qui appréciera de la véracité des arguments avancés par les FAI ? Le juge des référés Binoche sera dans l'incapacité de le faire puisqu'il a refusé la réouverture des débats pourtant réclamée par les associations.

Cette ordonnance réjouira cependant les éditeurs du site de l'AAARGH et jusque-là inconnus du grand public, qui auraient depuis peu, hébergé leur site dans un nouveau « *paradis numérique* » à Krasnoïarsk en Russie.

O. M.

²⁷ <<http://www.recherche.gouv.fr/rapport/piraterienumerique.pdf>>.

²⁸ Dans leur rapport du 11 juin 2003 MM. Pierre Herisson et Bruno Sido avaient d'ailleurs précisé qu'il s'agit « *d'une obligation de moyens pour les fournisseurs d'accès, mobilisant l'état de l'art en matière de filtrage. La procédure du référé, qui est contradictoire, permettra d'ailleurs au FAI de faire valoir ses arguments sur la difficulté concrète de mettre en œuvre un système de filtrage* ». Senat.fr, <http://www.senat.fr/rap/102-345/102-345_mono.html>.