

David Equey

La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet

Etude à la lumière des droits suisse,
allemand et français



Stämpfli Editions

Accessible au grand public depuis plus de vingt ans, Internet sert souvent de vecteur pour la commission de délits, parce qu'il permet l'anonymat, ne connaît pas de frontière et met en jeu un nombre considérable d'acteurs, dans des rôles très différents. Ces éléments rendent difficile la poursuite pénale et la détermination de la responsabilité des différents intervenants. La présente étude a pour but de proposer quelques pistes de réflexion en définissant les principaux fournisseurs de service et en déterminant leur responsabilité pénale en droit suisse, en s'inspirant des solutions développées en Allemagne et en France.

Cet ouvrage est destiné aux étudiants, aux praticiens et à toute personne qui s'intéresse à la question de la responsabilité pénale des différents prestataires actifs sur Internet.

David Equey

La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet

**Etude à la lumière des droits suisse,
allemand et français**



Stämpfli Editions

Illustration de couverture : « Internet musical », par Vincent, 7 ans.

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2016

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN E-Book 978-3-7272-5945-6

ISBN Print 978-3-7272-3209-1

ISBN Judocu 978-3-7272-1319-9



A mes enfants, Vincent et Liam.
A Judith,
A mon papa, Philippe,
A ma maman Françoise,
A ma maman de cœur, Christiane,
A mes frères et sœurs,
A mes amis,
Et un peu à moi aussi ...

REMERCIEMENTS

- L’auteur tient ici exprimer ses remerciements les plus sincères à toutes les personnes qui ont permis l’aboutissement de ce travail, en particulier :
- à M. le Professeur Laurent Moreillon, Directeur de thèse, pour sa patience, son implication, sa relecture attentive et ses conseils avisés,
- aux membres de la commission d’experts, MM. les Professeurs Bertil Cottier et Jean Treccani, ainsi que Me Nicolas Capt, pour leur travail de relecture et leurs conseils avisés,
- à M. le Professeur Denis Tappy, pour avoir présidé avec bienveillance la soutenance de la présente thèse,
- à Mme Marie-Louise Wirths, secrétaire à la Faculté de droit de l’Université de Lausanne, pour son appui et son soutien dans les différentes démarches administratives pour la soutenance et la validation de la présente thèse,
- au personnel de la Bibliothèque cantonale universitaire de Lausanne et de la Bibliothèque de l’Institut suisse de droit comparé, pour sa flexibilité et sa disponibilité,
- au personnel des greffes (de tribunaux ou administratifs) et services bibliothécaires sollicités (parlementaires et universitaires) par l’auteur en Suisse, en Allemagne et en France pour la transmission de nombreuses sources (arrêts, travaux préparatoires, etc.),
- à ses collègues de la Fédération vaudoise des entrepreneurs, son employeur, plus particulièrement à M. Georges Zünd, Directeur général, pour leur soutien,
- au personnel de Stämpfli Editions SA et plus particulièrement à Mme Isabelle Clerc, pour l’édition de la présente thèse.

TABLE DES MATIERES

Table des matières	9
Avant-propos	35
Introduction	39
Titre I. La typologie des infractions commises au moyen ou au travers du réseau Internet	45
Chapitre I. Délits matériels et délits formels	45
Section I. Position du problème	46
Section II. En droit suisse	47
§ 1. La problématique en général	47
§ 2. La problématique dans l'environnement numérique	52
§ 3. Les solutions proposées	54
Section III. En droit allemand	58
§1. La problématique en général	58
§2. La problématique dans l'environnement numérique	59
§3. Les solutions proposées	61
A. Application du § 9 StGB en cas de résultat en Allemagne ?	61
B. Application du § 9 StGB seulement aux délits de résultat ?	62
C. Solutions jurisprudentielles	65
Section IV. En droit français	67
§ 1. La problématique en général	67
§ 2. La problématique dans l'environnement numérique	69
§ 3. Les solutions proposées	70
Section V. Conclusion	73
Chapitre II Les infractions commises à l'encontre d'un ordinateur ou d'un réseau de communications électroniques	74
Chapitre III Les infractions ordinaires commises au moyen d'un ordinateur ou d'un réseau de communications électroniques	76
Section I. Atteintes à la paix publique et à l'ordre constitutionnel	76
Section II. Les atteintes aux personnes	81
Section III. Atteintes à la propriété intellectuelle, aux droits apparentes et à la concurrence	88
Section IV. Infractions de médias	92
Titre II. Le régime juridique applicable aux prestataires de services	103
Chapitre I Le statut juridique d'Internet	103
Section I La problématique	103
§ 1. L'exemple suisse	104
§ 2. L'exemple allemand	107
§ 3. L'exemple français	108
Section II La notion	110
Chapitre II. Le cadre juridique relatif à la responsabilité	112
Section I. La situation en droit suisse	112
§ 1. Evolution historique	112

A.	L'arrêt « Télékiosque 156 »*	112
B.	Mise en œuvre de nouvelles dispositions légales et réglementaires ..	112
1°)	Nouvelle réglementation en matière de responsabilité pénale des médias.....	112
2°)	Mise en œuvre d'une nouvelle réglementation en matière de télécommunications	113
C.	Rapports des autorités fédérales	114
1°)	Le rapport Internet - le nouveau média interroge le droit	114
2°)	Le rapport de l'Office fédéral de la justice du 24 décembre 1999	114
3°)	Les rapports de la Police fédérale du 17 mai 2000	115
4°)	Le rapport de la commission d'experts « cybercriminalité » de juin 2003	115
5°)	Le rapport du groupe de travail mis sur pied par la Confédération et les cantons afin d'analyser l'opération « Genesis » du 12 novembre 2003 (Rapport sur l'opération « Genesis »)	116
D.	Interventions parlementaires.....	117
1°)	La Motion Pfisterer.....	117
2°)	Autres interventions parlementaires	117
E.	Le rapport du Conseil fédéral à l'appui d'avant-projets de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la responsabilité pénale des prestataires et les compétences de la Confédération relatives à la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques (cybercriminalité) de décembre 2004	119
F.	Le rapport « Cybercriminalité », responsabilité pénale des prestataires et compétences de la Confédération en matière de poursuite des cyberinfractions	120
§ 2.	L'état actuel de la législation.....	122
A.	Le régime des art. 28 et 322bis CP	123
1°)	La jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine.....	123
2°)	Les essais d'interprétation	132
a)	Applicabilité du droit pénal des médias et rattachement des prestataires de services à la notion de responsables de la publication (variante 1).....	132
b)	Applicabilité du droit pénal des médias et absence de rattachement des prestataires de services à la notion de responsable de la publication (variante 2).....	133
c)	Applicabilité des règles générales (variante 3).....	134
3°)	Conclusion	135
B.	Le régime général de la participation à une infraction (art. 24 ss CP)	136
Section II.	La situation en droit allemand	142
§ 1.	Evolution historique	142

A.	La jurisprudence fondatrice	142
1°)	L'arrêt « Mailbox Betreiber II »*	142
2°)	L'arrêt « Radikal »*	142
B.	Mise en œuvre de nouvelles dispositions légales et réglementaires	143
1°)	La Déclaration de Bonn, le Teledienstgesetz 1997 (aTDG) et le Medienstaatsvertrag (MDStV)	143
2°)	Le Teledienstgesetz 2001 (TDG) et le Mediendienstestaatsvertrag 2001 (MDStV)	148
3°)	Le Telemediengesetz (TMG) et la neuvième révision du Rundfunkstaatsvertrag (RStV)	152
a)	Le concept de « télémedia »	155
b)	Difficultés de délimitation par rapport à d'autres services... ..	157
1.	La notion de services d'informations et de communications électroniques	157
2.	Délimitation par rapport aux services de radiodiffusion	158
3.	Délimitation par rapport aux télécommunications	161
3.1.	Transmission par signaux	161
3.2.	Télécommunications individuelles ou de masse	162
c)	Conclusion	164
§ 2.	L'état actuel de la législation	165
A.	Le régime privilégié de responsabilité des prestataires de services Internet	165
B.	Le régime ordinaire de responsabilité	167
1°)	Action et omission	167
2°)	Participation	168
Section III.	La situation en droit français	170
§ 1.	Evolution historique	170
A.	La jurisprudence fondatrice	170
1°)	L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 novembre 1990*	170
2°)	L'ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris du 12 juin 1996*	171
3°)	Le jugement correctionnel du Tribunal de grande instance de Privas du 3 septembre 1997*	172
B.	Mise en œuvre de nouvelles dispositions légales et réglementaires	172
1°)	Le Rapport Théry	173
2°)	La loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information	173
3°)	Le Rapport Falque-Pierrotin	173
4°)	La Proposition Fillon	174
5°)	Le Rapport du Conseil d'Etat sur Internet et les réseaux numériques	175
6°)	La Proposition Madelin	175
7°)	L'Amendement Bloche	176

8°)	La loi de transposition de la Directive 2000/31 CE sur le commerce électronique	177
9°)	Le projet de loi sur la société de l'information	178
10°)	La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004	178
§ 2.	L'état actuel de la législation.....	182
A.	Le régime privilégié de responsabilité des prestataires de services Internet.....	182
B.	Le régime général de participation à une infraction	183
Chapitre III	Le cadre juridique international	186
Introduction	186	
Section I.	La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique	187
Section II	La Convention du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité.....	192
Titre III.	Responsabilité pénale de différentes catégories de prestataires de services Internet	195
Chapitre I.	Le concept de prestataire de service.....	196
Section I.	En droit suisse	196
Section II.	En droit allemand	196
Section III.	En droit français	197
Section IV.	Discussion	198
Section V.	Conclusion	198
Chapitre II.	Les principaux fournisseurs de services	199
Section I.	Le fournisseur de contenu	199
§ 1.	Définition	199
A.	En droit suisse.....	199
B.	En droit allemand.....	200
C.	En droit français.....	201
D.	Discussion.....	202
E.	Conclusion.....	202
§ 2.	Responsabilité	202
A.	En droit suisse.....	202
1°)	Généralités	202
2°)	Le régime applicable.....	203
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	203
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	204
3°)	Le cas particulier du fournisseur de contenus émanant de tiers	205
4°)	Cas d'application	206
a)	Le jugement du Tribunal de district de Frauenfeld du 17 septembre 2002	206
b)	L'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 21 juin 2007	206
c)	L'arrêt « champéry-magouilles.ch »	207

d) L'arrêt « Amoklauf »	208
5°) Conclusion	209
B. En droit allemand.....	210
1°) Généralités	210
2°) Le régime applicable.....	211
3°) Fournisseur de contenus propres (eigene Informationen) et fournisseur de contenus tiers (fremde Informationen)	211
a) Contenus ou informations propres (eigenen Inhalten oder Informationen)	213
1. Les fournisseurs de contenu institutionnel et commercial.....	214
2. Le fournisseur de contenu privé.....	214
3. Les participants à des espaces qui leur sont mis à disposition (user generated content).....	215
b) Contenus ou information de tiers (fremde Inhalte oder Informationen)	216
1. Position du problème	216
2. Le concept d'informations « appropriées » ou « faites siennes » (« Zu Eigen-Machen »).....	218
3. Le concept de « tenir les informations prêtes à l'utilisation » (« Informationen zur Nutzung bereithalten »)	222
4°) Cas d'application	223
a) Le jugement de l'Amtsgericht de Neuss du 19 août 2002.....	223
b) Le jugement du Kammergericht de Berlin du 26 avril 2004*	223
c) Le jugement du Bundesgerichtshof du 17 décembre 2013*	224
5°) Conclusion	225
C. En droit français.....	225
1°) Généralités	225
2°) Le régime applicable.....	226
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	227
b) Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	229
3°) Le cas particulier du fournisseur de contenus émanant de tiers	230
4°) Cas d'application	231
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	231
1. L'arrêt de la Cour de cassation criminelle du 10 mai 2005*	231
2. Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 24 novembre 2005*.....	232
3. Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 17 mars 2006*	232

4.	Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 13 février 2014*	233
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	233
1.	Le jugement du Tribunal de grande instance de Privas du 3 septembre 1997*	233
2.	Le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 24 septembre 1999*	234
3.	L'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2003*	234
5°)	Conclusion	235
D.	Synthèse générale	235
Section II.	Le fournisseur d'hébergement	236
§ 1.	Définition	236
A.	En droit suisse	236
B.	En droit allemand	237
C.	En droit français	238
D.	Discussion	239
E.	Conclusion	240
§ 2.	Responsabilité	240
A.	En droit suisse	240
1°)	Généralités	240
2°)	Le régime applicable	240
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	240
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	243
1.	Généralités	243
2.	L'instigation	246
3.	La complicité	247
3.1.	Par commission	247
3.2.	Par omission	249
c)	Les mesures raisonnablement exigibles	253
1.	Contrôle de l'accès	253
2.	Contrôle des contenus	253
3.	Blocage et effacement des contenus	255
4.	Notion de caractère raisonnable	256
5.	Problématique des signalements	257
d)	Le cas particulier des concours d'infractions	257
3°)	Cas d'application : l'arrêt « Cyberjihad »*	257
4°)	Conclusion	259
B.	En droit allemand	259
1°)	Généralités	259
2°)	Le régime applicable	260
a)	Le régime privilégié de responsabilité	260
1.	Généralités	260

2.	Conditions de mise en œuvre du régime d'exonération de responsabilité.....	263
2.1.	Un prestataire de service entrant dans le champ d'application du § 10 TMG.....	263
2.2.	Le stockage à l'attention des utilisateurs.....	263
2.3.	Des informations émanant de tiers (§ 10 al. 1 in initio TMG).....	263
2.4.	L'absence de connaissance des informations (§ 10 al. 1 ch. 1 TMG).....	264
2.5.	L'absence de connaissance du caractère illicite des informations (§ 10 al. 1 ch. 1 TMG).....	265
2.6.	L'absence de connaissance d'une activité illicite (§ 10 al. 1 ch. 1, 2 ^{ème} phr. TMG).....	270
3.	Les actions pour retirer l'information ou en bloquer l'accès (§ 10 al. 1 ch. 2 TMG)	270
3.1.	La problématique	270
3.2.	Les mesures raisonnables d'effacement ou de blocage raisonnables et techniquement possibles	271
3.3.	La notion de « promptitude »	273
3.4.	Les limites des exigences légales : l'absence d'un devoir légal de contrôle préventif	274
4.	Conclusion et synthèse.....	274
b)	Le régime ordinaire	275
3°)	Cas d'application	277
a)	L'arrêt « Tolerantes Brandenburg »*	277
b)	L'arrêt « MIDI Files » ou AOL.....	278
c)	L'arrêt « Rapidshare II »	279
d)	Le jugement du Kammergericht de Berlin-Brandebourg du 25 août 2014.....	279
4°)	Conclusion	280
C.	En droit français.....	281
1°)	Généralités	281
2°)	Régime applicable	282
a)	Le régime privilégié de responsabilité	282
1.	Généralités	282
2.	Conditions de mise en œuvre du régime d'exonération de responsabilité.....	283
2.1.	Un prestataire de service entrant dans le champ d'application de l'art. 6-I LCEN	283
2.2.	Le stockage à l'attention des utilisateurs (art. 6-I-2 et 3 LCEN).....	285
2.3.	Des informations émanant de tiers (art. 6-I-2 et 3 LCEN).....	286
2.4.	L'absence de connaissance des informations.....	286

2.5.	L'absence de connaissance du caractère illicite des informations (art. 6-I-2 et 3 LCEN)	287
2.6.	L'absence de connaissance d'une activité illicite (art. 6-I-2 et 3 LCEN) ?	291
3.	La procédure de mise en œuvre de la responsabilité pénale du fournisseur d'hébergement	291
3.1	Problématique	291
3.2.	Notification formelle et faute de l'hébergeur	293
3.3.	L'absence d'un devoir général de surveillance	298
4.	Conclusion et synthèse	300
b)	Le régime ordinaire	300
3°)	Cas d'application	304
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	304
1.	Le jugement du 28 septembre 1999 du Tribunal d'instance de Puteaux*	304
2.	L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 octobre 2001*	305
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime ordinaire	305
1.	Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 15 novembre 2004*	305
2.	L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 juin 2013*	306
4°)	Conclusion	306
D.	Synthèse générale	307
Section III.	Le fournisseur d'accès	308
§ 1.	Définition	308
A.	En droit suisse	308
B.	En droit allemand	310
C.	En droit français	311
D.	Discussion	312
E.	Conclusion	313
§ 2.	Responsabilité	313
A.	En droit suisse	313
1°)	Le régime applicable	314
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	314
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	320
1.	Généralités	320
2.	L'instigation (art. 24 CP)	322
3.	La complicité (art. 25 CP)	323
3.1.	Par commission	323
3.2.	Par omission	325
2°)	Les mesures raisonnablement exigibles	328
a)	Position du problème	328

b)	Des contrôles réguliers par sondages ?	328
c)	Le blocage de l'accès aux pages dont le contenu est illicite	329
1.	Quelques aspects techniques d'un blocage d'accès ...	329
2.	Problématique des mesures de blocage	331
3.	Acceptabilité et proportionnalité des mesures de blocage d'accès	333
4.	La forme des signalements adressés au fournisseur d'accès	334
3°)	Le cas particulier des concours d'infractions	335
4°)	Le cas particulier du stockage temporaire de données (caching)	335
5°)	Cas d'application	335
a)	L'arrêt « Rosenberg » ou « Télékiosque 156 »*	335
b)	Le jugement du Tribunal d'accusation vaudois du 2 avril 2003*	337
c)	Le jugement du Tribunal d'accusation vaudois du 3 avril 2008*	338
6°)	Conclusion	340
B.	En droit allemand	342
1°)	Généralités	342
2°)	Le régime applicable	343
a)	Le régime privilégié de responsabilité	343
1.	Généralités	343
2.	Conditions de mise en œuvre du régime d'exonération de responsabilité	344
2.1.	Un prestataire de service entrant dans le champ d'application du § 8 TMG	345
2.2.	La transmission d'informations sur un réseau de communications	346
2.3.	Le fournisseur d'accès ne doit pas être à l'origine de la transmission (§ 8 al. 1 ch. 1 TMG)	348
2.4.	Le fournisseur d'accès ne doit pas sélectionner les destinataires des informations transmises (§ 8 al. 1 ch. 2 TMG)	348
2.5.	Le fournisseur d'accès ne doit pas choisir ou modifier les informations (§ 8 al. 1 ch. 3 TMG)	349
b)	Le régime ordinaire	349
1.	Application par renvoi du § 8 al. 1 TMG	349
2.	Application par renvoi du § 8 al. 2 TMG	351
3.	Obligation de l'accès à des informations illicites ?	352
4.	Conclusion et synthèse	354
c)	Le cas particulier du caching ou de l'utilisation de serveurs proxies (§ 8 al. 2 et § 9 TMG)	355
1.	La notion	355

2.	Le principe	357
2.1.	Le § 8 al. 2 TMG (9 al. 2 TDG).....	357
2.2.	Le § 9 TMG (10 TDG).....	358
2.3.	Domaines d'exclusion.....	358
3°)	Cas d'application	360
a)	L'Affaire « CompuServe »*.....	360
1.	La décision de première instance	360
2.	La décision de deuxième instance.....	362
b)	L'ordonnance de classement du Ministère public près le Landgericht de Munich du 2 décembre 1998*.....	363
c)	L'affaire « Faxwerbung via Internet »	364
d)	L'affaire « Arcor »*.....	364
e)	L'affaire « 3dl.am»	365
4°)	Conclusion	366
C.	En droit français.....	367
1°)	Généralités	367
2°)	Le régime applicable.....	368
a)	Le régime privilégié	368
1.	Les domaines d'activité du fournisseur d'accès.....	368
2.	Conditions de mise en œuvre du régime d'exonération de responsabilité.....	369
2.1	Un prestataire de service entrant dans le champ d'application de l'art. L 32-3-3 CPCE	369
2.2.	La transmission d'informations sur un réseau de communications (art. L 32-3-3 CPCE)	370
2.3.	Le fournisseur d'accès ne doit pas être à l'origine de la transmission (art. L 32-3-3 CPCE)	370
2.4.	Le fournisseur d'accès ne doit pas sélectionner les destinataires des informations transmises art. L 32- 3-3 CPCE).....	370
2.5.	Le fournisseur d'accès ne doit pas choisir ou modifier les informations (art. L 32-3-3 CPCE)	371
2.6.	Obligations spécifiques	371
2.6.1.	Dispositif de filtrage	371
2.6.2.	Dispositif de signalement.....	372
2.6.3.	Information des utilisateurs.....	373
2.6.4.	Conservation des données	374
2.6.5.	Mesures techniques envisageables propres à faire cesser une atteinte	374
2.7.	Absence d'obligation générale de surveillance	376
b)	Le régime ordinaire	376
c)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	379
d)	Le cas particulier du caching.....	380
3°)	Cas d'application	381

a) Infractions de médias : l'ordonnance de référé du 12 juin 1996 du Tribunal de grande instance de Paris*	381
b) Infractions soumises au régime ordinaire	382
1. L'affaire « Front 14 »*	382
2. L'affaire « AAARGH »	383
2.1. L'ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris du 13 juin 2005*	383
2.2. Le jugement de la Cour d'appel de Paris du 24 novembre 2006*	383
3. L'ordonnance de référé du 28 novembre 2013 du Tribunal de grande instance de Paris	385
4°) Conclusion	386
D. Synthèse générale	386
Section IV. L'exploitant de relais	387
§ 1. Définition	387
A. Généralités	387
B. En droit suisse	387
C. En droit allemand	388
D. En droit français	388
E. Discussion	389
F. Conclusion	389
§ 2. Responsabilité	389
A. En droit suisse	389
1°) Généralités	389
2°) Le régime applicable	390
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	390
b) Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	390
3°) Cas d'application	391
4°) Conclusion	391
B. En droit allemand	391
1°) Généralités	391
2°) Le régime applicable	391
3°) Cas d'application	392
4°) Conclusion	392
C. En droit français	392
1°) Généralités	392
2°) Le régime applicable	393
3°) Cas d'application	393
4°) Conclusion	393
D. Synthèse générale	393
Section V. L'opérateur et le fournisseur de réseau	394
§ 1. Définitions	394
A. L'opérateur de télécommunication ou le transporteur d'informations (carrier)	394

1°) En droit suisse.....	394
2°) En droit allemand.....	395
3°) En droit français.....	395
4°) Discussion.....	396
5°) Conclusion.....	396
B. Le fournisseur de réseau (Netzwerk-Anbieter).....	397
1°) Généralités.....	397
2°) En droit suisse.....	397
3°) En droit allemand.....	397
4°) En droit français.....	398
5°) Discussion.....	398
6°) Conclusion.....	398
§ 2. Responsabilité.....	399
A. En droit suisse.....	399
1°) Généralités.....	399
2°) Le régime applicable.....	399
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	399
b) Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général.....	399
3°) Cas d'application.....	400
4°) Conclusion.....	400
B. En droit allemand.....	401
1°) Généralités.....	401
2°) Le régime applicable.....	401
3°) Cas d'application.....	402
4°) Conclusion.....	402
C. En droit français.....	402
1°) Généralités.....	402
2°) Le régime applicable.....	402
3°) Cas d'application.....	405
4°) Conclusion.....	405
D. Synthèse générale.....	405
Section VI. Le fournisseur de liens hypertextes.....	406
§ 1. Définition.....	406
A. La notion de lien hypertexte ou d'hyperlien (hyperlinks).....	406
1°) Notion générale.....	406
2°) Les différents types de liens hypertexte.....	407
a) Le lien hypertexte simple (direct link) ou le lien en surface (link ou surface link) et le lien indirect (indirect link).....	407
b) Le lien hypertexte profond ou en profondeur (deep link ou deep linking).....	407
c) Le cadrage (framing).....	407
d) Le lien automatique ou intégré (inline link, insite link ou embedded link) et le lien non intégré (outline link).....	408

e) Le hash-link	409
f) Les metatags.....	409
3°) Les catégories de fournisseurs d’hyperliens	410
B. Le fournisseur d’hyperliens au sens strict.....	411
1°) En droit suisse.....	411
2°) En droit allemand.....	411
3°) En droit français.....	412
4°) Discussion.....	413
5°) Conclusion.....	413
§ 2. Responsabilité	414
A. En droit suisse.....	414
1°) Généralités	414
2°) Régime applicable	414
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	414
b) Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	415
1. L’instigation (art. 24 CP)	417
2. La complicité (art. 25 CP).....	417
2.1. Par commission	420
2.2. Par omission.....	424
2.2.1. Position de garant ?	424
2.2.2. Construction d’une complicité par omission en l’absence d’une position de garant ?	427
3. Le cas particulier des liens indirects	428
3°) Cas d’application	429
a) Le jugement du Tribunal de district de Zurich du 10 septembre 2002*	429
b) L’arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2005*	430
c) Le Mandat pénal du Président du Tribunal supérieur du Canton des Grisons du 27 juillet 2006*	431
d) L’arrêt « Sharereactor »*	432
4°) Conclusion	433
B. En droit allemand.....	434
1°) Généralités	434
2°) Le régime applicable.....	435
a) Le régime privilégié de responsabilité	435
1. Evolution historique	435
2. Situation actuelle.....	444
2.1. Application directe des §§ 8 à 10 TMG ?	444
2.2. Application par analogie des §§ 8 à 10 TMG ?	446
b) Le régime ordinaire	450
1. Délimitation de la responsabilité pénale par la garantie prévue par le § 5 GG	450
2. Punissabilité	451
2.1. Auteur principal ou coauteur.....	452

2.2. Complicité.....	456
2.2.1. Par commission.....	456
2.2.2. Par omission ?.....	459
2.3. Le concept d'informations de tiers « faites siennes » par l'insertion d'un hyperlien	463
2.3.1. L'assimilation des informations de tiers auxquelles les hyperliens renvoient aux propres contenus du fournisseur	464
2.3.2. L'appropriation des informations de tiers	465
3°) Cas d'application	469
a) Le jugement « Radikal »*	469
b) Le jugement « Disclaimer »*	470
c) Le jugement du 24 novembre 1998 du Landgericht Lübeck.....	471
d) Le jugement « Links Fotokunst ».....	472
e) Le Jugement de l'Oberlandesgericht de Braunschweig du 19 juillet 2001	473
f) Le jugement de l'Oberlandesgericht de Munich du 15 mars 2002.....	473
g) Le jugement « Paperboy »*.....	474
h) Le jugement « Schöner Wetten »*	475
i) Le jugement « Uneingeschränkten Informationsfreiheit »*.....	475
j) Le jugement « Filesharing ».....	477
4°) Conclusion	477
C. En droit français.....	478
1°) Généralités	478
2°) Le régime applicable.....	479
a) Le régime privilégié de responsabilité	479
b) Le régime ordinaire	481
1. La complicité (art. 121-7 CP-F).....	482
1.1. Généralités	482
1.2. La fourniture de moyens	484
2. L'élément constitutif objectif lié à la commission d'infractions spécifiques	487
2.1. Les infractions consommées par leur diffusion.....	487
2.2. Les infractions de presse	488
2.3. Les infractions de contrefaçon	491
2.4. Le recel (art. 321-1 CP-F).....	492
3°) Cas d'application	495
a) Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 15 décembre 1998*	495
b) Les jugements des Tribunaux de grande instance de Saint-Etienne et d'Epinal des 6 décembre 1999 et 24 octobre 2000*.....	496

c) L'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2004*	497
d) Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 8 juin 2009	497
4°) Conclusion	498
D. Synthèse générale	499
Section VII. L'exploitant d'un outil de recherche	499
§ 1. Définition	499
A. La notion générale	499
B. En droit suisse	502
C. En droit allemand	503
D. En droit français	505
E. Discussion	506
F. Conclusion	506
§ 2. Responsabilité	506
A. En droit suisse	506
1°) Généralités	506
2°) Régime applicable	507
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	507
b) Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	508
1. L'instigation (art. 24 CP)	508
2. La complicité (art. 25 CP)	508
2.1. Par commission	508
2.2. Par omission	510
2.2.1. Position de garant ?	510
2.2.2. Construction d'une complicité par omission en l'absence d'une position de garant ?	510
3. Services spécifiques	515
3.1. Les annuaires ou catalogues	515
3.2. Les liens commerciaux ou sponsorisés (Werbeanzeigen) et les suggestions	517
3.3. Les méta-moteurs de recherche	518
3°) Cas d'application	518
a) Le jugement « Diese Firma ist nicht zu empfehlen »*	518
b) L'arrêt du Tribunal cantonal jurassien du 12 février 2011	520
c) Le jugement « Internet Pranger »*	522
4°) Conclusion	523
B. En droit allemand	523
1°) Généralités	523
2°) Régime applicable	524
a) Le régime privilégié de responsabilité	524
b) Le régime ordinaire	529
1. Délimitation de la responsabilité pénale par la garantie prévue par le § 5 GG	529

2.	Punissabilité	530
2.1.	Auteur principal ou coauteur.....	530
2.2.	Complicité.....	530
2.2.1.	Par commission	530
2.2.2	Par omission.....	532
3.	Services spécifiques	534
3.1.	Les annuaires ou catalogues.....	534
3.2.	Les liens commerciaux ou sponsorisés (Werbeanzeigen) et les suggestions	537
3.3.	Les méta-moteurs de recherche	538
3°)	Cas d'application	539
a)	Le jugement du Landgericht I de Munich du 20 septembre 2000	539
b)	Le jugement du Landgericht de Francfort-sur-le-Main du 10 novembre 2000.....	539
c)	Le jugement du Landgericht de Munich I du 7 octobre 2004	540
d)	Le jugement du Landgericht de Berlin du 22 février 2005	541
e)	Le jugement de l'Oberlandesgericht de Hambourg du 26 mai 2011*.....	542
f)	Le jugement du Landgericht de Hambourg du 7 novembre 2014*.....	543
4°)	Conclusion	544
C.	En droit français.....	544
1°)	Généralités	544
2°)	Régime applicable	545
a)	Le régime privilégié de responsabilité	545
b)	Le régime ordinaire	550
1.	La complicité (art. 121-7 CP-F).....	551
2.	L'élément constitutif objectif lié à la commission d'infractions spécifiques	551
3.	Services spécifiques	552
3.1	Les annuaires ou catalogues.....	552
3.2	Les liens commerciaux ou sponsorisés et les suggestions	553
3.3.	Les méta-moteurs de recherche.....	559
3°)	Cas d'application	560
a)	L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mai 2002.....	560
b)	Le jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre du 13 octobre 2003*.....	560
c)	L'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Lille du 1 ^{er} juin 2006	561
d)	L'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2013*.....	562
e)	L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 décembre 2013 ...	562

4°) Conclusion.....	563
D. Synthèse générale.....	564
Section VIII. Le fournisseur et l'agrégateur de flux RSS.....	564
§ 1. Définitions.....	564
A. La notion générale.....	564
B. En droit suisse.....	565
C. En droit allemand.....	566
D. En droit français.....	567
E. Discussion.....	568
F. Conclusion.....	568
§ 2. Responsabilité.....	568
A. En droit suisse.....	568
1°) Généralités.....	568
2°) Le régime applicable.....	568
3°) Cas d'application.....	569
4°) Conclusion.....	569
B. En droit allemand.....	569
1°) Généralités.....	569
2°) Le régime applicable.....	570
a) Le régime privilégié de responsabilité.....	570
b) Le régime ordinaire.....	571
3°) Cas d'application.....	574
4°) Conclusion.....	574
C. En droit français.....	574
1°) Généralités.....	574
2°) Le régime applicable.....	575
a) Le régime privilégié de responsabilité.....	575
b) Le régime ordinaire.....	576
3°) Cas d'application.....	577
4°) Conclusion.....	577
D. Synthèse générale.....	577
Section IX. L'exploitant d'un espace de discussion asynchrone.....	578
§ 1. Définition.....	578
A. La notion générale.....	578
B. En droit suisse.....	579
C. En droit allemand.....	581
D. En droit français.....	583
E. Discussion.....	588
F. Conclusion.....	588
§ 2. Responsabilité.....	589
A. En droit suisse.....	589
1°) Généralités.....	589
2°) Régime applicable.....	589
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias.....	589

b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	594
1.	Punissabilité	594
1.1.	Par commission	595
1.2.	Par omission	596
2.	Coaction, complicité et instigation (art. 24 et 25 CP)	597
3°)	Cas d'application	599
a)	L'arrêt « Cyberjihad »*	599
b)	L'arrêt « Cyberjihad II »*	599
4°)	Conclusion	601
B.	En droit allemand	601
1°)	Généralités	601
2°)	Le régime applicable	601
a)	Le régime privilégié de responsabilité	601
1.	Evolution historique	601
2.	Situation actuelle	603
2.1.	Application directe du Telemediengesetz	603
2.2.	Application différenciée du Telemediengesetz	604
2.3.	Application du Telemediengesetz en concours avec les infractions du droit commun	604
2.4.	Conclusion	605
b)	Le régime ordinaire	606
1.	Informations propres (eigene Informationen) et informations « faites siennes » ou « appropriées » (« Zu Eigen Machen »)	606
2.	Informations de tiers	609
3.	Irrelevance des contenus et des informations d'origine	610
4.	Problématique de la connaissance des informations ..	611
3°)	Cas d'application	613
a)	Le jugement de l'Amtsgericht de Winsen/Luhe du 6 juin 2005	613
b)	Le jugement de l'Oberlandesgericht de Düsseldorf du 7 juin 2006*	614
c)	Le jugement « Heise-Forum »	615
d)	Le jugement « Supernature »	615
e)	Le jugement « Bundesligaforen »	616
f)	Le jugement « Achtung Betrüger unterwegs »*	616
g)	Le jugement « Boykottaufrufs »*	617
4°)	Conclusion	619
C.	En droit français	619
1°)	Généralités	619
2°)	Le régime applicable	619
a)	Le régime privilégié de responsabilité	620

1.	Application du régime concernant le fournisseur d'hébergement.....	620
2.	Application du régime concernant l'éditeur.....	625
2.1.	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias.....	625
2.2.	La problématique de la fixation préalable dans le cadre des forums de discussion.....	628
2.3.	Le contrôle effectif des informations déposées dans l'espace de discussion.....	631
b)	Le régime ordinaire.....	633
1.	La complicité (art. 121-7 CP-F).....	633
2.	Le cas particulier des infractions de médias.....	634
3°)	Cas d'application.....	636
a)	Le jugement « NiouZeNet »*.....	636
b)	Le jugement « Boursorama »*.....	636
c)	Le jugement « Père-Noël »*.....	637
d)	Le jugement « Domexpo »*.....	638
e)	L'arrêt « Les Arnaques.com I »*.....	638
f)	L'arrêt Casino*.....	639
g)	L'arrêt « Les Arnaques.com II »*.....	640
4°)	Conclusion.....	641
D.	Synthèse générale.....	641
Section X.	L'exploitant ou l'hébergeur d'un blog et l'éditeur d'un blog.....	642
§ 1.	Définition.....	642
A.	La notion générale.....	642
B.	En droit suisse.....	643
C.	En droit allemand.....	645
D.	En droit français.....	646
E.	Discussion.....	648
F.	Conclusion.....	649
§ 2.	Responsabilité.....	650
A.	En droit suisse.....	650
1°)	Généralités.....	650
2°)	Le régime applicable.....	650
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias.....	650
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général.....	653
1.	Punissabilité.....	653
1.1.	Par commission.....	654
1.2.	Par omission.....	654
2.	Coaction, complicité et instigation (art. 24 et 25 CP).....	655
3°)	Cas d'application.....	656
a)	L'ordonnance pénale du juge d'instruction du Canton de Fribourg du 31 octobre 2006*.....	656

b) L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013	657
4°) Conclusion	658
B. En droit allemand.....	658
1°) Généralités	658
2°) Le régime applicable.....	659
a) Le régime privilégié de responsabilité	659
b) Le régime ordinaire	660
1. Problématique de la provenance et de la connaissance des contenus	660
2. Punissabilité	661
3°) Cas d'application	663
a) Le jugement du Landgericht de Hambourg du 4 décembre 2007	663
b) Le jugement de l'Amtsgericht de Francfort-sur-le-Main du 16 juillet 2008	665
c) Le jugement du Landgericht de Berlin du 20 juin 2011	666
d) Le jugement du Bundesgerichtshof du 25 octobre 2011	666
4°) Conclusion	667
C. En droit français.....	668
1°) Généralités	668
2°) Le régime applicable.....	668
a) Le régime privilégié de responsabilité	668
1. Le régime applicable au fournisseur d'hébergement	669
2. Le régime applicable à l'éditeur de contenus	671
2.1. Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	673
2.2. La problématique de la fixation préalable dans le cadre des blogs	673
2.3. Le contrôle effectif des informations déposées dans le blog	673
b) Le régime ordinaire	675
3°) Cas d'application	676
a) L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 décembre 2007	676
b) L'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2010*	677
c) Le jugement « Un petit coucou »*	678
c) Le jugement « La Police aux fous »*	679
4°) Conclusion	680
D. Synthèse générale	680
Section XI. L'exploitant de service de messagerie électronique	681
§ 1. Définition	681
A. La notion générale	681
B. En droit suisse.....	681
C. En droit allemand.....	682
D. En droit français.....	683
E. Discussion.....	684

F.	Conclusion.....	684
§ 2.	Responsabilité	685
A.	En droit suisse.....	685
1°)	Généralités	685
2°)	Le régime applicable.....	685
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	685
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	686
3°)	Cas d'application	688
4°)	Conclusion	689
B.	En droit allemand.....	689
1°)	Généralités	689
2°)	Le régime applicable.....	690
a)	Le régime privilégié de responsabilité	690
b)	Le régime ordinaire	691
3°)	Cas d'application	692
4°)	Conclusion	692
C.	En droit français.....	693
1°)	Généralités	693
2°)	Le régime applicable.....	693
a)	Le régime privilégié de responsabilité	693
b)	Le régime ordinaire	695
3°)	Cas d'application	695
4°)	Conclusion	696
D.	Synthèse générale	696
Section XII	L'exploitant d'un chatroom et d'un service de messagerie instantanée.....	696
§ 1.	Définition	696
A.	La notion générale	696
B.	En droit suisse.....	698
C.	En droit allemand.....	699
D.	En droit français.....	700
E.	Discussion.....	701
F.	Conclusion.....	701
§ 2.	Responsabilité	702
A.	En droit suisse.....	702
1°)	Généralités	702
2°)	Le régime applicable.....	703
a)	Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	703
b)	Responsabilité pénale à raison des infractions soumises au régime général	703
3°)	Cas d'application	704
4°)	Conclusion	704
B.	En droit allemand.....	704
1°)	Généralités	704

2°) Le régime applicable.....	705
a) Le régime privilégié de responsabilité	705
b) Le régime ordinaire	707
3°) Cas d'application	707
4°) Conclusion	707
C. En droit français.....	708
1°) Généralités	708
2°) Le régime applicable.....	708
3°) Cas d'application	710
4°) Conclusion	710
D. Synthèse générale	710
Section XIII. L'exploitant d'un site de partage ou d'un réseau social	711
§ 1. Définition	711
A. La notion générale	711
B. En droit suisse.....	712
C. En droit allemand.....	713
D. En droit français.....	715
E. Discussion.....	722
F. Conclusion.....	723
§ 2. Responsabilité	724
A. En droit suisse.....	724
1°) Généralités	724
2°) Le régime applicable.....	725
a) Responsabilité pénale à raison des infractions de médias	725
b) Responsabilité pénale à raison des infractions soumises	
au régime général	726
1. Punissabilité	726
1.1. Par commission	727
1.2. Par omission.....	727
2. Coaction, complicité et instigation (art. 25 et	
24 CP)	729
c) Le cas particulier du « peer-to-peer ».....	730
1. Caractéristiques techniques.....	730
2. Responsabilité pénale à raison des infractions de	
médias	732
3. Responsabilité pénale à raison des infractions	
soumises au régime général	733
3.1. Auteur et coauteur.....	733
3.2. Complicité et instigation (art. 25 et 24 CP).....	733
3°) Cas d'application	738
4°) Conclusion	738
B. En droit allemand.....	738
1°) Généralités	738
2°) Le régime applicable.....	739
a) Le régime privilégié de responsabilité	739