

Markt/2006/09/E
Service Contract ETD/2006/IM/E2/69

**STUDY ON THE LIABILITY OF
INTERNET INTERMEDIARIES**

COUNTRY REPORT – Spain

Executive summary

November 12th, 2007

By Aurélie Van der Perre, researcher at the CRID
Under the direction of the Professor Montero
University of Namur (FUNDP)

Part 1: Legislation

La loi espagnole¹ n° 34/2002 du 11 juillet 2002 sur les services de la société de l'information et sur le commerce électronique² a transposé en droit national la DCE. L'article 13 de la LSSICE rappelle que, sans préjudice des dispositions qu'elle prévoit, les intermédiaires peuvent engager leurs responsabilités civile, pénale et administrative. Les articles 14, 15 et 16 établissent respectivement dans quelles conditions le prestataire d'une activité de simple transport, de *caching* et d'hébergement peut être exonéré de sa responsabilité. Les conditions de leur exonération sont similaires à celles prévues par la DCE. Soulignons que l'article 11 de la LSSICE prévoit la possibilité pour l'organe compétent qui a ordonné la cessation d'une activité de la société de l'information ou le retrait d'un contenu litigieux, de requérir lorsque c'est nécessaire, la coopération des prestataires intermédiaires. La plus grande particularité de cette loi réside dans l'adoption d'un article 17 prévoyant l'exonération sous conditions de la responsabilité du prestataire intermédiaire pour les activités de fourniture d'hyperliens et d'outils de recherche. Le régime est calqué sur celui applicable aux hébergeurs. Les articles 16.1 (b) (concernant les hébergeurs) et 17.1 (b) (concernant les moteurs de recherche et hyperliens) de la loi espagnole sur le commerce électronique, définissent l'étendue de la « connaissance effective » : il faut qu'un organe compétent ait (a) déclaré l'illicéité des données, (b) ordonné que l'accès à l'information soit bloqué ou que cette dernière soit retirée du réseau ou encore, (c) déclare la survenance d'un dommage. Il faut en outre que le prestataire intermédiaire soit informé de la dite décision. Cela signifie que la connaissance effective n'est reconnue que lorsque qu'un organe judiciaire ou une autorité administrative compétente a ordonné le retrait d'une information ou a ordonné de rendre son accès impossible. La connaissance effective est requise au pénal comme au civil.

Part 2: National Case Law

De manière générale, la jurisprudence espagnole répertoriée concerne les matières des droits d'auteur³ et de la diffamation. Deux décisions ont mis en cause des fournisseurs

¹ Notons qu'un projet de loi (« Ley de Impulso de la sociedad de la Información ») vient d'être approuvé par le Gouvernement et a été renvoyé devant la Chambre. Ce projet prévoit certaines modifications de la LSSICE. La version définitive du projet n'est pas disponible.

² Par après « LSSICE ».

³ Nous renvoyons notamment à l'intéressante affaire en cours concernant la possibilité de communiquer des données personnelles relatives au trafic dans la cadre d'un procès civil ayant trait au droit d'auteur

d'hyperliens. Par le biais de la première décision (**SP 9**), le juge suspend la procédure judiciaire car il estime que la partie demanderesse n'a pas prouvé que le critère de la connaissance effective fût rempli. La seconde décision (**SP 10**), également une « *Auto* », impose au titulaire le retrait du réseau de son site Internet contenant des hyperliens litigieux durant 6 mois. Quelques décisions impliquant les fournisseurs d'un service de simple transport ont été rendues (**SP 1 et SP 2**). Dans le cadre d'un litige porté devant du tribunal du commerce de Madrid (**SP 1**), une mesure de cessation est demandée à l'encontre d'un fournisseur d'une activité de simple transport. Le juge d'« *Auto* » a estimé que l'exemption de responsabilité telle que prévue à l'article 14 de la LSSICE (activité de simple transport) empêchait l'exercice de l'action en cessation à l'encontre du fournisseur d'un service de simple transport. Cette étrange interprétation semble en contradiction avec l'article 12.3 de la directive sur le commerce électronique. Deux décisions ont été rendues à l'encontre du titulaire d'un blog (**SP 13 et 13bis**) et une autre à l'encontre du titulaire d'un wiki (**SP 12**). Ceux-ci, dans les deux affaires en cause, ont été considérés comme responsables pour des messages diffamatoires ou menaçant postés par des tiers sur leur blog ou wiki. Dans une autre affaire (**SP 13ter**), le juge a considéré que le titulaire d'un site web contenant plusieurs forums ne pouvait bénéficier de l'exemption pour l'activité d'hébergement car il n'a pas rempli son obligation de fournir en ligne des informations générales à son égard (adresse géographique...).

La notion de connaissance effective a fait l'objet de plusieurs décisions espagnoles impliquant, outre un fournisseur d'hyperliens, des hébergeurs. Généralement, la portée offerte à la notion est restrictive, ce qui n'est pas étranger à la définition de « connaissance effective » fournie par les articles 16 et 17 de la LSSICE. Par le biais d'une « *Auto*⁴ » du 7 mars 2003 (**SP 9**), le juge suspend la procédure judiciaire car il estime que la partie demanderesse n'a pas prouvé que le critère de la connaissance effective était rempli et ce, même si une compilation d'hyperliens renvoyait vers une page au contenu illicite dont l'intermédiaire avait connaissance. Le tribunal provincial de Madrid (**SP 5**) a opté pour une interprétation restrictive de la notion puisque même le fait d'avoir reçu une notification notariale formelle de retrait n'est pas suffisant pour pouvoir considérer que le prestataire intermédiaire a eu la connaissance effective du contenu illégal. Dans l'affaire SGAE contre Association des internautes, le juge d'appel (**SP 7**) confirme la décision de première instance (**SP 6**) et considère que l'exemption de responsabilité ne peut être accordée étant donné que le prestataire intermédiaire avait la

(Cour du commerce n°5 de Madrid, affaire en cours, C 275/06, Promusicae vs. Telefónica di España (**SP 3**)).

⁴ Une « *Auto* » est un type de décision judiciaire dictée selon les formes d'une procédure judiciaire qui est différente de la « *Sentencia* ». Généralement une « *Auto* » est utilisée dans le cadre d'une prise de décision secondaire et la « *Sentencia* » est la décision finale concernant le litige en cause.

connaissance effective des contenus diffamatoires. Un pourvoi en cassation a été introduit à l'encontre de l'arrêt d'appel. Les avocats de l'Association des internautes ont demandé à la Cour de cassation de soumettre une question préjudicielle (**SP 8**) à la Cour de Justice des Communautés européennes. La question porte sur l'interprétation des règles de responsabilité des prestataires intermédiaires et plus particulièrement des hébergeurs (et donc sur la notion de connaissance effective).

Part 3: Notice and Take-down procedures

A notre connaissance, et ce, conformément aux différentes informations obtenues par les acteurs⁵ de la société de l'information, aucun de ces instruments n'établit à proprement parler une procédure de notification et de retrait. Ces « outils » consistent en des Codes de conduite tout à fait basiques ou en de simples Codes éthiques, auxquels les fournisseurs d'un service Internet peuvent se rallier volontairement (**SP 15**). Il semblerait toutefois que l'industrie musicale ait tenté, en accord avec les Universités espagnoles, de mettre au point une procédure de notification et de retrait des contenus illicites (**SP 16**). Cependant, nous ignorons si cet « accord » a pu donner lieu à une telle procédure. Précisons qu'un avant-projet de la « Ley de Impulso de la sociedad de la Información » prévoyait un nouvel article 17bis à ajouter à la LSSICE. Cet article instaurait un système de notification et de retrait des contenus pour la matière spécifique des droits d'auteur⁶ (**SP 14**). L'absence de mesures volontaires de procédures de notification et de retrait des contenus illicites pourrait éventuellement être expliquée par l'interprétation espagnole de la notion de « connaissance effective » qui, comme il l'a été expliqué précédemment, est généralement très restrictive.

⁵ Nous avons reçu les commentaires du *Ministerio de Industria Turismo y Comercio*, de l'*Agencia Española de Protección de Datos*, d'Ebey, de la *Sociedad General de Autores y Editores de España* (SGAE), de l'IFPI, de Yahoo, de Telefonica, de T-Online Telecommunication et du professeur Miquel Peguera Poch (*Universitat Oberta de Catalunya*).

⁶ Les sociétés de gestion des droits d'auteur auraient eu la possibilité de demander la cessation de l'activité illégale. Ce nouvel article a été fort critiqué et finalement, le Gouvernement a décidé de le supprimer.