

De la responsabilité arachnéenne sur Internet : Quelle issue pour les tisseurs de liens en France

Lionel THOUMYRE¹

Les lois de la société numérique : Responsables et responsabilités
Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique
(CRDP / CECOJI)
Montréal, 7 octobre 2004

Lex Electronica, vol. 10, n°1, Hiver 2005

<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/thoumyre.htm>

INTRODUCTION.....	1
I. PAS DE LOI POUR LES TISSEURS DE TOILE.....	5
II. L'ARAIGNÉE DANS LE PRÉTOIRE – ENTRE SOIE ET LIN	6
CONCLUSION.....	9

Introduction

Condamné à 4 mois de prison avec sursis, à payer la somme de 3000 euros de dommages et intérêts, un étudiant s'est également vu confisquer son métier à tisser pour avoir confectionné de nombreux liens vers des fichiers musicaux au format MP3 sans l'autorisation des ayants droit. Toute ressemblance avec des faits ou des personnages réels n'est absolument pas fortuite. Cette décision a été prononcée par le Tribunal de grande instance d'Epinal, le 24 octobre 2000².

La responsabilité du fait de la création de liens hypertextes n'est donc pas un sujet simplement théorique³. Il a généré de nombreuses actions judiciaires, dont celle ayant conduit à la condamnation évoquée ci-dessus, sans doute la plus lourde à l'encontre d'un particulier pour la création d'hyperliens. Il s'agit néanmoins d'un cas marginal dont la sévérité du verdict est liée à la manière dont la propriété littéraire et artistique est défendue en France. La plupart des

¹ DEA, MA, LLM, Directeur éditorial de la revue *Juriscom.net* (<http://www.juriscom.net>), Rapporteur des recommandations du *Forum des droits sur l'internet* sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, les forums de discussion, les hyperliens et la publicité en ligne.

² TGI Epinal, ch. corr., 24 octobre 2000, *MP et SCPP c/ Conraud*, *Com. comm. élec.*, décembre 2000, *Comm. n° 125*, note Caron C. ; *Forum des droits sur l'internet*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=215>. Dans cette affaire, le tribunal a estimé que les hyperliens consistaient en une mise à disposition du public : « attendu qu'en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau INTERNET, même à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des artistes et des producteurs, Monsieur S. C. s'est rendu coupable du délit de contrefaçon prévu par les articles L. 335-2 et L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle (...) ».

³ Ce sujet a déjà fait couler beaucoup d'encre depuis dix ans. Voir repère bibliographique en fin d'article pour un aperçu de cette littérature.

décisions subséquentes relatives à la responsabilité du fait de la création d'hyperliens ont fort heureusement abouti à des décisions moins radicales⁴, exceptées celles qui traitent du cas des liens commerciaux. En effet, la société *Overture*, qui propose aux annonceurs de faire apparaître chez ses partenaires – généralement des moteurs de recherche – des publicités sous forme d'hyperliens, s'est faite condamner à 200 000 € de dommages et intérêts pour avoir « guidé » des annonceurs dans le choix de mots clés. L'un de ces mots clés était le signe distinctif d'un concurrent, le groupe hôtelier *Accor*. Ainsi, lorsqu'un internaute effectuait une recherche à partir du signe distinctif « *Thalassa* » appartenant à *Accor*, il déclenchait des liens sponsorisés vers des sites pour la promotion d'hôtels centres de thalassothérapie n'appartenant pas au groupe *Accor*⁵.

La question des hyperliens n'a cependant que peu attiré l'attention du législateur européen, à une époque où l'on se préoccupait davantage de la responsabilité des hébergeurs et des fournisseurs d'accès. Pour preuve, la directive « Commerce électronique » du 8 juin 2000⁶ renvoie l'étude de cette problématique aux lendemains. L'article 21 de cette directive, relatif à son réexamen, précise que la Commission doit analyser, au sein de ses rapports bi-annuels, la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte. Ces lendemains sont déjà arrivés puisque la Commission a rendu son premier rapport le 21 novembre 2003⁷. Et ils chantent un peu faux pour les hyperliens. Le sujet n'y est, en effet, guère plus développé que dans la directive. La Commission a simplement constaté que certains Etats membres ont décidé de prévoir des limitations de responsabilité pour les fournisseurs de liens hypertexte et de services de moteurs de recherche, à savoir l'Espagne, l'Autriche, le Liechtenstein (membre de l'EEE) et le Portugal dans son projet de loi. Le rapport précise ensuite que « *l'approche des Etats membres qui ont choisi de légiférer sur les liens hypertexte et les moteurs de recherche ne semble pas avoir occasionné un risque de fragmentation du marché intérieur* ».

Il n'y aurait donc pas lieu de donner suite à la problématique des liens au sein de l'Union. Du moins dans un premier temps, puisque la Commission a tenu à préciser qu'elle « *suit activement* » les travaux menés dans les Etats membres sur les questions de responsabilité

⁴ Une première décision, dont le verdict peut également sembler sévère, relative à des faits en apparence similaires a été rendue par le Tribunal de grande instance de Saint-Etienne : TGI Saint-Étienne, jug. corr., 6 décembre 1999, *SACEM et autres c/ Roche et Battie, Com. comm. élec.*, juillet.-août 2000, Comm. n°76, p.26, note Christophe Caron ; *RIDA*, avril 2000, n° 184, p. 389, obs. Kéréver A., p. 309 ; *Forum des droits sur l'internet*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=216>. Mais si l'on en croit les termes de la décision, il semblerait que les prévenus aient eux-mêmes reproduit et mis à la disposition du public des fichiers MP3 pirates : « *V. Roche stockait les albums compressés qu'il se procurait sur des sites étrangers, sur des sites d'hébergement ouverts gratuitement chez GEOCITIES aux Etats-Unis puis créait des liens permettant aux visiteurs de son site "MP3 - ALBUMS" d'accéder à ces albums afin de les télécharger* ». Toujours est-il que les prévenus ont été condamnés respectivement à 2 et à 3 mois d'emprisonnement avec sursis et à 18 660 € de dommages et intérêts.

⁵ TGI Nanterre, 17 janvier 2005, *SA Accor c/ SARL Overture et Overture Services Inc. : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=628>, commentaire de Frédéric Glaize (à paraître sur *Juriscom.net*). Dans le même sens, voir aussi TGI Paris, 4 février 2005, *Louis Vuitton Malletier c/ Google : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=641>.

⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") : http://www.foruminternet.org/documents/textes_europeens/lire.phtml?id=35.

⁷ Premier rapport sur l'application de la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, 21 novembre 2003, disponible sur <http://www.europa.eu.int>.

« comme, par exemple, les travaux fondamentaux menés en France par "Le Forum des droits sur l'Internet" qui a formulé des recommandations sur les liens hypertexte »⁸. Fini de réguler, donc, l'heure est à la co-régulation ! Ce concept désigne une régulation faisant intervenir, sur pied d'égalité, les pouvoirs publics et les acteurs privés (industriels et société civile) dans le cadre d'une concertation organisée par une structure indépendante. Cette co-régulation a été mise en œuvre par le *Forum des droits sur l'internet* depuis mai 2001 qui a sorti plus d'une quinzaine de recommandations jusqu'en 2005, dont deux sur les hyperliens, formulées à l'attention des pouvoirs publics, des acteurs et, dans une moindre mesure, aux autorités judiciaires.

En l'absence d'une prise de position claire sur le sujet de la responsabilité du fait des hyperliens, la Commission a attribué un bon point au *Forum des droits sur l'internet*. Précisons toutefois que les recommandations de cet organisme se sont contentées d'interpréter le droit positif applicable à cette problématique, avec toute la complexité que cela implique dès lors que rien, dans le monde d'hier sur lequel s'est construit le droit d'aujourd'hui, ne s'apparente aux hyperliens. Le jeu des analogies, classiquement utilisé pour appréhender le régime de responsabilité applicable aux acteurs de la société de l'information, a une portée extrêmement limitée lorsque l'on aborde le régime juridique des hyperliens. On ne peut, en effet, retrouver dans la note de bas de page ou dans la citation, les caractéristiques qui font le succès du lien, l'immédiateté et la facilité (puisque le lien renvoie d'un simple clic de souris à la source citée). De même, le lien ne s'apparente en rien à un « câble de télécommunication » ou une antenne permettant la télétransmission de données : l'établissement d'un lien ne dépend d'aucune infrastructure physique et il ne transmet lui-même aucune donnée. En effet, et c'est là toute l'originalité de l'hypertextualité, les liens tissés vers d'autres ressources sur le Net ne font que renvoyer l'internaute vers celles-ci. Ni la reproduction du contenu, ni sa mise en ligne n'est le fait du lieur. En revanche celui-ci prolonge la communication au public des données mises en ligne par un tiers, mais de manière accessoire et souvent marginale, au point que l'on peut s'interroger sur l'opportunité de mettre en œuvre le droit de représentation⁹.

Devant l'inconsistance des analogies, les travaux du Forum des droits sur l'internet se sont proposés de définir l'hyperlien. Celui-ci consisterait ainsi en une « *connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple, le réseau internet)* » et qui est « *composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée* ». Les « conditions de présentations » sont celles qui permettent, par exemple, de faire apparaître la page liée dans une nouvelle fenêtre du navigateur (fonction « *_blank* »), d'inclure une page web dans une autre (*framing*) ou des ressources extérieures dans une page web (*in-line linking*). Cette définition, sans doute imparfaite, a le mérite d'être neutre et relativement complète puisque le fond (la connexion) et la forme (les différents éléments qui la compose) y sont

⁸ Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Hyperliens : statut juridique », 3 mars 2003, disponible à l'adresse <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507> ; Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens ? », 23 octobre 2003, disponible à <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=666>.

⁹ Voir notamment les articles L. 122-2 et L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle. La question de la mise en œuvre d'un droit de propriété intellectuelle a été posée au sein de la Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Hyperliens : statut juridique », précitée. Voir aussi Lionel Thoumyre, « L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 157, avril 2003, numéro spécial « Les Cahiers de l'ADIJ », pp. 3 et s. ; disponible sur *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=206>.

désignés¹⁰. Mais il est plus simple de définir le lien par son objectif, qui est de permettre l'interconnexion des données contenues sur un réseau fermé (intranet) ou ouvert (Internet). Dans le cas du réseau ouvert, ces données sont mises à disposition du public, notamment sur le web, par les éditeurs de contenus. Les hyperliens forment autant de « passerelles » entre ces ressources et sont susceptibles de se multiplier au gré des tisseurs de toile, c'est-à-dire vous et moi.

Il s'agit par ailleurs de distinguer deux catégories de créateurs d'hyperliens : ceux qui mettent en place des systèmes permettant la création automatique de liens vers des contenus disponibles sur le réseau, tels que les moteurs de recherche, et ceux qui créent consciemment ce type de liens, comme tout internaute qui souhaite faire partager l'existence d'une ressource du réseau avec d'autres internautes, soit en communiquant un lien par courriel, soit en l'inscrivant sur sa page web. Les annuaires de recherche et les portails créent également – grâce à des équipes de « surfeurs » – un certain nombre de liens manuellement qu'ils classent ensuite par rubriques thématiques.

La recommandation du *Forum des droits sur l'internet* portant sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens distingue ainsi les créateurs manuels d'hyperliens, c'est-à-dire « toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'internet », des créateurs automatiques d'hyperliens définis comme « toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'internet »¹¹.

Pour être complet, on pourrait encore définir deux sous-catégories parmi les créateurs automatiques de liens : les moteurs de recherche à vocation exhaustive (du type *Altavista*, *Google*, *Yahoo* etc...) et les moteurs spécialisés (tels que *Keljob* qui est un moteur spécialisé en recherche d'offres d'emploi).

Enfin, une catégorie doit être placée à part, celle des fournisseurs de liens commerciaux (*E-Spotting*, *Google*, *Overture*), dès lors que la création d'un lien dépend de la volonté d'un annonceur qui sélectionne des mots clés pour faire apparaître son annonce sur requête de l'internaute. La création de ces liens met en œuvre des éléments automatiques (l'outil de suggestion de mots clés chez *Overture* ou l'*Adwords* de *Google*) et manuels (la création du lien est voulue par l'annonceur).

Aucune de ces sous-catégories n'a échappé aux actions judiciaires¹².

¹⁰ Voir Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Hyperliens : statut juridique », précitée.

¹¹ Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens ? », précitée.

¹² Pour les moteurs spécialisés, que nous ne traiterons pas dans le cadre de cette présentation, voir notamment : T Com Paris, référé, 26 décembre 2000, *Havas et Cadre On Line c/ Keljob : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=144> ; TGI Paris, référé, 8 janvier 2001, *SA Cadreemploi c/ SA Keljob : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=145> ; TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 septembre 2001, *SA Cadreemploi c/ SA Keljob, Juriscom.net* : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=151> ; Christian Le Stanc, « Du lien hypertexte à l'extraction de données », *Com. comm. élec*, n°5, mai 2001, pp. 27-28.

Ces précisions étant faites, il est à noter qu'aucune loi, aujourd'hui, n'est venue fixer le régime de responsabilité des créateurs d'hyperliens en France (I). Il faudra donc s'en remettre à la jurisprudence pour déterminer les contours de la responsabilité du fournisseur d'hyperlien, synthétisée par le *Forum des droits sur l'internet* (II). Nous terminerons ces analyses par quelques considérations sur la responsabilité des fournisseurs de liens commerciaux.

I. Pas de loi pour les tisseurs de toile

Contrairement aux lois de transposition de la directive « commerce électronique » espagnole et autrichienne, celle du Lichtenstein, et le projet portugais, la Loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004¹³ (loi dite « LCEN » - France) ne souffle mot sur les fournisseurs d'hyperliens. Les régimes de responsabilité ne concernent en effet que les activités de fourniture d'accès (voir notamment art 6.I.1., 6.I.7., 6.I.8. et 9.I.al. 2 de la LCEN), d'hébergement (art 6.I.2. et suivants de la LCEN) et les activités de *caching* (art. 9.I. al.3 de la LCEN).

Le choix français est-il ou non raisonné ? Il faut bien préciser que, durant les débats parlementaires portant sur l'adoption de ce texte de loi, l'attention s'est concentré sur l'équilibre à préserver entre liberté d'expression et respect de l'ordre public pour les seules activités visées au sein de la directive. La France ayant déjà plusieurs années de retard dans la transposition du texte européen, les parlementaires ne pouvaient pas se payer le luxe d'innover (ils ne s'en sont pourtant pas privés sur d'autres questions ...). La question de la responsabilité des fournisseurs de forums de discussion, qui avait été esquissée durant les débats, avait déjà failli prolonger les discussions et remettre en cause l'équilibre délicat qui était en train de s'instaurer. Pas question, donc, d'ajouter de la complexité dans la discussion de ce texte dont la France aurait pu, après avoir épuisé toutes les subtilités des navettes parlementaires, ne jamais se dépatouiller.

Pour autant, était-il si difficile de légiférer sur les liens ? L'Autriche et l'Espagne nous ont démontré le contraire.

En Autriche tout d'abord, la responsabilité des moteurs de recherche a tout simplement été calquée sur celle des transporteurs/fournisseurs d'accès (article 12 de la directive « commerce électronique »), qui bénéficie d'une exonération de responsabilité de principe. Rappelons que cette exonération tombe notamment si le moteur est à l'origine de la sélection des contenus faisant l'objet de la transmission. Les autres fournisseurs d'hyperliens ont hérité du régime de responsabilité des hébergeurs (article 14 de la directive européenne). L'engagement de leur responsabilité est essentiellement limité au cas où, ayant eu connaissance du caractère illicite d'un contenu vers lequel ils ont tissé leur toile, ils n'ont rien fait pour en interrompre l'accès.

En Espagne, l'article 17 de la LSSI (Loi sur les services de la société de l'information) a calqué les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens automatiques ou manuels sur le modèle de l'article 14 de la directive. L'article 17 de la LSSI ne fait donc que reprendre les termes de l'article 16 de la LSSI consacré à la responsabilité des fournisseurs d'hébergement. Ces derniers sont exonérés de toute responsabilité à la condition, « *qu'ils n'[aient] pas une connaissance effective que l'activité ou l'information vers laquelle ils renvoient ou recommandent est illicite ou qu'elle porte préjudice à des biens ou droits d'un tiers*

¹³ Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, publiée au Journal officiel de la République française n° 143 du 22 juin 2004, page 1168, disponible sur le site du *Forum des droits sur l'internet* : <http://www.foruminternet.org/documents/lois/lire.phtml?id=733>.

susceptible d'indemnisation » et, « *agissent avec diligence pour supprimer ou rendre inutilisable le lien en question* »¹⁴.

La France n'aurait-elle donc pu s'en tenir à des articles aussi simples ? Sans doute. Mais les recommandations du *Forum des droits sur l'internet* sur ce sujet – qui sont parues avant la fin des débats parlementaires sur la LCEN – démontraient que, en application raisonnable du droit commun et des droits spéciaux, nous en arrivions à un régime de responsabilité sensiblement proche de celui des hébergeurs.

Sans dispositions spécifiques sur le sujet, il nous faut nous tourner vers la jurisprudence.

II. L'araignée dans le prétoire – entre soie et lin

Quelques jurisprudences nous permettent de nous faire une idée assez claire sur le régime de responsabilité qu'il convient d'appliquer aux personnes ayant créé des liens hypertextes vers des contenus illicites. On constate tout d'abord que les juges rejettent *a priori* l'application du régime de responsabilité prévu pour les directeurs de la publication et les régimes encadrés façonnés pour les intermédiaires techniques.

En premier lieu, le Tribunal de grande instance de Paris a refusé de considérer que constitue une « aide à la publication » la mise en place d'un hyperlien vers un sondage diffusé sur un site californien en infraction à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977¹⁵. Même si le délit concerné ne consistait pas en une infraction de presse au sens de la loi du 29 juillet 1881, on peut en conclure que le créateur de liens devrait pouvoir échapper à la responsabilité de plein droit du directeur de la publication pour les infractions de presse.

En second lieu, dans une affaire où la société *Matelsom* reprochait au moteur de recherche *Altavista* une faute d'imprudence pour n'avoir pas contrôlé l'affichage d'un lien vers une société ayant contrefait son site web, la Cour d'appel de Paris a constaté que « *la société Altavista met en ligne son propre site internet, constitué de simples références à d'autres sites dont elle n'est pas l'hébergeur ; que n'ayant pas cette qualité au sens de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2000 [il s'agit aujourd'hui de l'article 6.I.2. de la loi du 21 juin 2004], les règles régissant la responsabilité des prestataires de services ne lui sont pas applicables pour la gestion du moteur de recherche qu'elle offre aux utilisateurs* »¹⁶.

Ainsi donc, comme nous l'avions évoqué plus haut, le régime de responsabilité de l'hébergeur doit être écarté. De même doit-on rejeter les régimes de responsabilité prévus par l'article 13 de la directive du Parlement européen et du Conseil CE n° 2000/31 du 8 juin 2000 et de l'article L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques applicables aux activités de *caching*¹⁷. Le doute est seulement permis pour l'activité de fourniture d'accès. A ce jour, une

¹⁴ Voir Isabelle Mesnil, Maelle Bescond & Jaime Godoy-Téllez, « La responsabilité des intermédiaires techniques en Espagne », 24 juin 2004, *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=537>.

¹⁵ TGI Paris, 17e ch., 15 décembre 1998, *M.P. c/ July*, *Légipresse* 1999, n° 158, III, p. 16, *Com. comm. élec.*, octobre 1999, *comm.* n° 17, note Weber A.

¹⁶ CA Paris, 15 mai 2002, *Sté Altavista c/ Sté Matelsom et Sté Literitel* : *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=197> ; voir également TGI Paris, réf., 12 mai 2003, *Lorie c/ M. G.S. et SA Wanadoo Portails* : *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=253>.

¹⁷ Sur ce point, voir Cyril Rojinsky, « Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°155, février 2003, pp. 1-10, disponible sur *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=80>.

seule décision a envisagé de qualifier le fournisseur de liens de fournisseur d'accès, et d'une manière on ne peut plus discrète¹⁸. Dans ce jugement, le tribunal explique tout d'abord le fonctionnement du moteur de recherche *Google* puis, abordant celui de la société AOL, il ajoute « *AOL France est également un fournisseur d'accès Internet* »... en toute logique, cela signifie que le tribunal considère bien *Google* comme un fournisseur d'accès. Mais il n'avait pas à se prononcer sur la responsabilité du moteur. Si tel avait été le cas, il n'en aurait peut-être pas conclu que le moteur de recherche réunissait les trois conditions cumulatives exonératoires de responsabilité¹⁹.

Ainsi est-il préférable de rejeter l'application de certains droits spéciaux ou dérogatoire du droit commun, à l'exception du droit de propriété intellectuelle, comme nous l'avons vu en introduction.

Il est donc nécessaire de s'en remettre principalement au droit commun et de déterminer ce qui peut relever, sur le plan pénal, de la complicité – l'auteur d'un lien n'étant que rarement l'auteur du délit principal – et, sur le plan civil, de la faute ou de la négligence.

S'agissant des moteurs de recherche, il a été considéré qu'est « sérieusement contestable » le fait de mettre à la charge des moteurs de recherche une obligation consistant à « *vérifier les effets des liens hypertextes indexés* »²⁰ ou « *une obligation de surveillance* »²¹.

À propos d'un lien créé manuellement vers un site portant préjudice aux intérêts d'un tiers, la Cour d'appel de Paris a recherché l'existence d'une faute commise par le site liant indépendante de la faute constatée sur le site lié pour condamner le défendeur au versement de dommages et intérêts. La Cour a ainsi estimé que « *la création de ce lien procède d'une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé* »²².

Enfin, comme nous l'avons déjà évoqué, la seconde recommandation du *Forum des droits sur l'internet* sur les hyperliens fait le choix de « *résoudre la problématique de la responsabilité du fait des hyperliens établis vers des contenus illicites en faisant essentiellement application du droit commun* »²³. Cette recommandation détermine précisément les obligations qui peuvent ou ne peuvent pas être mises à la charge des créateurs d'hyperliens. Ses réponses varient suivant qu'il

¹⁸ TGI Meaux, 1^{ère} ch., 4 décembre 2004, *Société Net-Ultra c/ Société AOL France : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=633>.

¹⁹ Article 9.I. al. 2 de la LCEN : « Art. L. 32-3-3. [du Code des postes et des communications électroniques] - Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission. »

²⁰ CA Paris, 15 mai 2002, précité.

²¹ TGI Paris, référé, 12 mai 2003, précité.

²² CA Paris, 19 septembre 2001, *NRJ c/ Europe 2 Communication*, *Légipresse* 2001, n° 186, III, p. 196, *Com. comm. élec.*, janvier 2002, comm. n° 3, note Caron C. ; décision également disponible sur *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/ndm/caparis20010919.htm>.

²³ Recommandation du Forum des droits sur l'internet : Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites, 23 octobre 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=666>.

s'agit de liens générés automatiquement (par les moteurs de recherche) ou de liens créés manuellement.

Le Forum des droit sur l'internet recommande ainsi²⁴ :

1) aux créateurs automatiques d'hyperliens (les moteurs de recherche) :

- de ne pas recourir à l'utilisation d'un algorithme de recherche spécifiquement destiné à référencer des contenus illicites ;
- de procéder rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite²⁵ ;
- d'offrir à l'auteur d'une page une possibilité d'obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, à travers une procédure permettant de s'assurer qu'il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

2) aux créateurs manuels d'hyperliens :

- de vérifier, avant la création d'un lien, la teneur du contenu de la page qu'il souhaite lier et, en cas de doute sur celui-ci lors de sa visualisation, qu'il examine certains éléments l'environnant (par exemple : page de garde ou pages mitoyennes accessibles, URL...) ;
- de conserver une certaine distance à l'égard des contenus susceptibles de causer un préjudice à un tiers. Le créateur d'un hyperlien doit, au minimum, s'abstenir de l'accompagner de commentaires qui manifesteraient son approbation vis-à-vis des contenus litigieux présents sur la page liée ;

Une telle distance ne saurait toutefois prémunir le créateur d'hyperlien contre des poursuites en contrefaçon pour les liens constituant des actes de complicité ou des actes matériels de contrefaçon.

- qu'il procède rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite ;
- qu'il offre à l'auteur d'une page la possibilité d'obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, au besoin, pour les portails et annuaires de recherche, à travers une procédure permettant de s'assurer qu'il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

²⁴ La synthèse détaillée des recommandations du Forum des droits sur l'internet est directement accessible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/synth-resphyli-20031023.htm>.

²⁵ Le *Forum* explique ce qu'il entend par « caractère illicite » dans sa Recommandation sur le « Projet de loi pour la Confiance dans l'économie numérique » du 6 février 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>. Il estime notamment que la responsabilité pénale de l'intermédiaire ne pourra être mise en œuvre « *que si celui-ci connaissait l'existence d'une information ou d'une activité manifestement illicite* ». Cette position a été confirmée par la Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 ; disponible sur le site du Forum des droits sur l'internet : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=735>. Sur ce sujet, voir Lionel Thoumyre, « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite », *Juriscom.net*, 28 juillet 2004, <http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=561> ; « Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques », *Légipresse*, n°214, septembre 2004, pp. 129-130.

En toute hypothèse, le *Forum des droits sur l'internet* recommande aux créateurs manuels de tout type de liens d'agir avec la plus grande prudence dès lors qu'ils ont des doutes sur la licéité d'une ressource disponible en ligne.

Notons cependant que l'*Association des Fournisseurs d'Accès et de Services Internet* (l'AFA), membre du *Forum des droits sur l'internet*, a tenu à exprimer une position divergente au sein de la recommandation sur la responsabilité du fait de la création d'un hyperlien. Elle y exprimait le souhait de rapprocher la responsabilité du créateur d'hyperliens, automatique et manuel, de celle du fournisseur d'accès. Elle estime ainsi que l'obligation de « procéder au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite », ne peut être mise à la charge du moteur ou du créateur manuel d'hyperliens²⁶.

Conclusion

Le *Forum des droits sur l'internet* s'en est tenu à interpréter l'application du droit commun et de certains droits spéciaux pour appréhender la manière dont le créateur de liens risquait d'engager sa responsabilité dans les situations d'infractions ou d'atteintes aux droits des tiers les plus classiques (infraction de presse, contrefaçons, concurrence déloyale, atteinte au droit à l'image...). Ses recommandations et les grilles de lectures qu'il propose aux juges français, ont toutefois été élaborées dans le souci de respecter l'objectif du marché intérieur, qui est « d'assurer la fourniture de services intermédiaires fondamentaux facilitant le développement de l'Internet et du commerce électronique »²⁷.

Aussi, même si la Commission reste muette sur la définition d'un régime de responsabilité spécifique applicable aux fournisseurs d'hyperliens, nous remarquerons qu'elle se félicite du fait que la jurisprudence récente des Etats membres reconnaisse « l'importance des liens hypertexte et des moteurs de recherche pour le fonctionnement d'Internet ». Ainsi, que la jurisprudence des pays membres vienne à se durcir et la Commission n'hésiterait pas à proposer un régime de responsabilité « limitée ». A bon entendeur ...

Mais la question qui est aujourd'hui à l'ordre du jour est celle de la responsabilité des fournisseurs de liens commerciaux. Ces derniers offrent aux annonceurs la possibilité de sélectionner des mots clés à partir desquels leurs liens publicitaires pourront s'afficher sur des moteurs de recherche à la suite d'une requête effectuée par un internaute²⁸.

²⁶ Il s'agit de se reporter à la position divergente de l'AFA qui y argumente davantage ses propos : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-resphyli-20031023.htm#ANNEXEIV>.

²⁷ Premier rapport sur l'application de la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, 21 novembre 2003, disponible sur <http://www.europa.eu.int>.

²⁸ Voir notamment TGI Nanterre, 13 octobre 2003, *Sté Viaticum et Sté Luteciel c/ Sté Google France* : *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=367> ; note de Christophe Caron, *Com. comm. élec.*, décembre 2003, p. 31, n°119 ; observations de Cédric Manara, *Recueil Dalloz*, 2003, n°42 ; commentaire de Marie-Emmanuelle Haas et Laurence Tellier-Loniewski, *Légipresse* n°208, janvier/février 2004, 18-22 ; Jacques Larrieu, « Liens sponsorisés : quels risques juridiques pour les moteurs de recherche ... et pour les autres », *Expertises*, février 2004, p. 55-60 ; TGI Nanterre, référé, 16 décembre 2004, *Hotels Méridien c/ Google France* : *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=622> ; actualité de Frédéric Glaize, « Google condamné à supprimer deux marques des mots clés suggérés par son système Adword », *Juriscom.net*, 17 janvier 2005, <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=623> ; commentaire de Olivier Hugot et Jean-Philippe Hugot, « Preliminary relief granted against Google France in Adwords Case », *Juriscom.net*, 2 février 2005, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=638> ; TGI Nanterre, 2^{ème} ch., 17 janvier 2005, *Accor c/ Overture et*

Le *Forum des droits sur l'internet* prépare pour le mois de mars 2005 une recommandation sur la publicité en ligne qui abordera la problématique des liens commerciaux (aussi appelés « liens promotionnels », « liens sponsorisés » ou « liens publicitaires »). Les fournisseurs de liens commerciaux démontrent, au sein du groupe de travail du Forum, la meilleure volonté pour prévenir les actes de contrefaçons de marques dans l'utilisation de leurs services. Ils tiennent néanmoins à souligner que les annonceurs, utilisateurs de leurs services, sont les premiers responsables des actes de contrefaçon qui peuvent être constatés, dès lors que ce sont eux qui valident et maîtrisent la liste de mots clés à partir desquels leur campagne publicitaire sera affichée.

Bien sûr, on ne cessera de le rappeler, il est fondamental de responsabiliser les bonnes personnes dans la société de l'information. Faire payer à l'intermédiaire une faute commise par son client n'est pas sain, surtout lorsque ce client est un professionnel parfaitement identifiable qui agit lui-même en connaissance de cause. Il appartient à chacun d'assumer ses choix, de manière autonome.

Le fournisseur de liens doit toutefois gérer son service avec diligence et, en aucun, cas inciter son client à choisir des mots clés pouvant porter atteinte aux droits d'un tiers. C'est là tout le principal enjeu des systèmes générant des liens commerciaux : déterminer à quel point leurs outils de suggestion de mots clés, dont se servent les annonceurs avant de procéder à la sélection de mots génériques ou de signes distinctifs, peut être considéré comme un « conseil » en création publicitaire obligeant la « régie publicitaire », suivant une jurisprudence établie en France vis-à-vis des agences publicitaires, à assumer les conséquences de ce conseil vis-à-vis des tiers.

Overture Inc. : *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=367> ; TGI Paris, 4 février 2005, *Louis Vuitton Malletier c/ Google* : *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=641>.

Repère bibliographique

par ordre chronologique

- Laurent Carrière, « Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, mai 1997, Vol. 9, n°3, pp. 467 et s. ; également disponible sur *Robic.ca* : <http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/09-3/07CarriereW97.htm>.
- Xavier Linant de Bellefonds, « Les outils logistiques du net et la propriété intellectuelle », in *Internet saisi par le droit*, Editions des Parques, 1997, spéc. pp. 149 et s.
- Alain Strowel, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens », *Auteurs & Media*, 1998, n° 4, pp. 296-308.
- Eric Labbé et François-Xavier Farasse, *Cipertexte* (Campagne d'information et de promotion sur les liens hypertextes), Université de Montréal, 1998 (présentation sur *Branchez-vous!* : <http://www.branchez-vous.com/actu/98-06/02-236502.html>).
- Arnaud Dimeglio, « Le renvoi à la page Web d'un tiers, par un lien hypertexte, est-il ou non constitutif d'un acte de contrefaçon ? », *Lamy droit de l'informatique*, n° 114, mai 1999, pp. 20-23.
- Christophe Curtelin, « L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des meta-tags sur les sites d'entreprises commerciales », *Revue de droit de l'informatique et des télécoms* (DIT), 3, juillet 1999, pp. 6-21.
- Alain Hollande et Cynthia Zuber, « Précautions juridiques en matière de conception de liens hypertextes », *Communication commerce électronique*, n° 1, janvier 2001, pp. 8-8.
- Michel Vivant, « A la recherche des moteurs », *Com. Comm. Elec.*, n°4, avril 2001, pp. 8-9.
- Thibault Verbiest et Etienne Wery, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés », *Légipresse*, n° 181, mai 2001, pp. 49-53.
- Christian Le Stanc, « Du lien hypertexte à l'extraction de données », *Communication commerce électronique*, n°5, mai 2001, pp. 27-28.
- Arnaud Dimeglio, « La guerre contre les moteurs a commencé », *Juriscom.net*, 3 octobre 2001, <http://www.juriscom.net/pro/2/da20011003.htm>.
- Cyril Rojinsky, « Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 155, février 2003, pp. 1-10, disponible sur *Juriscom.net* : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=80>.
- Lionel Thoumyre, « L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 157, avril 2003, numéro spécial « Les Cahiers de l'ADIJ », pp. 3 et s. ; disponible sur *Juriscom.net* : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=206>.
- Frédéric Sardain, « Liens hypertextes », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 4730, novembre 2003.

- Stefan Bechtold (Université de Tuebingen et de Stanford), « The link controversy page » : <http://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/lcp.html>