

La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet

par Sophie PIRLOT DE CORBION⁽¹⁾

Résumé

Les outils de recherche sont devenus une des pierres angulaires de l'Internet. Le référencement au sein de ces éclairateurs du net est un enjeu majeur de cet univers numérique et une priorité pour tout titulaire de site, soucieux de la visibilité de ses pages web. Pourtant les dessous du référencement, tant le référencement gratuit que les mécanismes de référencement payant, restent encore relativement occultes et ne manquent pas de soulever de délicates questions. Après un examen du régime de responsabilité applicable aux fournisseurs d'outils de recherche, la présente étude se propose d'aborder certaines de ces questions, notamment la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche du fait du contenu illicite de sites référencés, au regard du droit des marques, des règles en matière de publicité et du droit de la concurrence.

Samenvatting

Zoekmachines zijn een der hoekstenen van het internet geworden. De referencering binnen deze verduidelijkers van het net is een belangrijke inzet voor dit numerieke universum en een prioriteit voor elke titularis van een site, die bekommerd is om de zichtbaarheid van zijn webpagina's. De onderliggende elementen voor deze referencering, zowel de gratis referencering als de mechanismes voor een betalende referencering, blijven nog relatief onduidelijk en roepen delicate vragen op. Na een onderzoek van het op de leveranciers toepasselijke aansprakelijkheidssysteem, beoogt deze studie eerst enkele van deze vragen te behandelen, namelijk de aansprakelijkheid van leveranciers van zoekmachines voor de inhoud van de opgenomen sites vanuit het merkenrecht, de reclameregelen en het mededingingsrecht.

Introduction

À n'en pas douter, les outils de recherche sur Internet sont devenus une des pierres angulaires de cet univers numérique. Qualifiés tantôt d'aiguilleurs ou d'éclaireurs du net, tantôt de fil d'Ariane du réseau⁽²⁾, leur rôle est désormais essentiel.

En effet, avec plus de trois milliards de pages web, se frayer un chemin sur la toile représente un véritable challenge pour les internautes. De même, être visible sur le net est un défi constant pour tout titulaire de site. Dans ce contexte, concevoir Internet sans les outils de recherche serait comme imaginer «une immense bibliothèque mondiale dépourvue

de système de classement, aux rangées infinies et entremêlées, et dans laquelle le curieux errerait au hasard des sources consultées».⁽³⁾

La très grande majorité des internautes utilisent régulièrement les annuaires et moteurs de recherche pour faire le tri dans ce capharnaüm. Les sites ont donc tout intérêt à se faire référencer par ces outils de recherche, devenus d'ailleurs la première source de trafic sur Internet, devant les deux autres sources principales, à savoir, l'accès direct par la formation du nom de domaine et les liens à partir d'autres sites⁽⁴⁾.

Le référencement au sein de ces outils de recherche est certainement devenu un des en-

⁽¹⁾ Assistante à la Faculté de droit de Namur et chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit (C.R.I.D.).

⁽²⁾ A. DIMÉGLIO, «Les contrats de référencement dans l'Internet», *Communication – Commerce électronique*, mars 2001, p. 14.

⁽³⁾ Th. VERBIEST, «Entre bonnes et mauvaises références – À propos des outils de recherche sur Internet», *A&M*, 1999/1, p. 34.

⁽⁴⁾ Panorama mensuel Médiamétrie-eStat, *Origine du trafic*, août 2004, disponible sur <http://www.estat.com>. Ces statistiques montrent que durant le mois d'août 2004, les outils de recherche ont engendré 36% du trafic sur Internet contre 34% pour les liens externes et 30% pour l'accès direct par la formation du nom de domaine.

jeux majeurs de l'univers numérique. Pourtant, si la littérature est abondante concernant la responsabilité des créateurs de liens hypertextes⁽⁵⁾ en général⁽⁶⁾, peu d'études ont été consacrées en particulier à la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche en matière de référencement⁽⁷⁾.

Après avoir examiné brièvement quelques notions préalables (I), nous tenterons de déterminer le régime de responsabilité applicable, de manière générale, aux fournisseurs d'outils de recherche (II). Enfin, une troisième et dernière partie sera l'occasion de s'attarder plus précisément sur certaines questions juridiques soulevées par le référencement (III). La première de ces questions est celle de l'éventuelle responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche en raison du contenu illicite de sites référencés. Nous verrons ensuite que le référencement pose aussi d'épineux problèmes au regard du droit de la publicité, du droit des marques et enfin, du droit de la concurrence.

I. Quelques notions préalables

A. Le fonctionnement des outils de recherche : annuaires et moteurs de recherche

Au sein des outils de recherche sur Internet, il convient de distinguer les annuaires,

d'une part, et les moteurs de recherche, d'autre part, dont les modes de fonctionnement diffèrent sur plusieurs points.

Les annuaires sont des répertoires de sites classés par thèmes, en catégories et sous-catégories de plus en plus précises, au sein desquelles s'affichent des listes de liens hypertextes renvoyant vers des sites internet. Il existe des annuaires « généralistes », tels que Yahoo!⁽⁸⁾ ou Nomade⁽⁹⁾, ainsi que des annuaires spécialisés⁽¹⁰⁾. Ce type d'outil fonctionne sur la base d'une indexation humaine et volontaire : le référencement est sollicité par le titulaire du site lui-même qui propose une catégorie de rattachement au sein de l'annuaire ainsi qu'une brève description de son site. L'équipe de l'annuaire vérifie ensuite le site et la catégorisation proposée et l'indexe s'il y a lieu.

Les moteurs de recherche, tels que Google⁽¹¹⁾ ou Altavista⁽¹²⁾, sont des logiciels d'exploration, appelés « robot » ou *spider*, scrutant en continu les pages web et les indexant de manière automatique dans une gigantesque base de données.

En réponse à une recherche lancée par un internaute concernant un mot clé, le moteur affiche une liste de liens hypertextes renvoyant à des pages web en rapport avec les termes de la requête. Ces liens sont classés par ordre de pertinence, établi selon un algorithme de résultat assez complexe et propre à chaque moteur de recherche. Celui-ci tiendra notamment compte de la présence du mot clé de la requête dans l'URL d'un site⁽¹³⁾, dans

(5) Les liens hypertextes ou hyperliens sont des pointeurs interactifs vers des documents. « Ils constituent les fils de la toile à proprement parler dans la mesure où ces hyperliens établissent des connexions entre les différentes ressources du web » (S. DUSOLLIER, « Les outils de références : les cartes au trésor de l'Internet », in E. MONTÉRO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du C.R.I.D., n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 34).

(6) Voy., notamment, A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur Internet – À propos des hyperliens », *A&M*, 1998/4, pp. 296-308; S. TAUB, « Propriété intellectuelle, concurrence déloyale et informatiques sensibles – Les incidences juridiques des liens hypertextes », *Expertises*, 1998, n° 220, pp. 341-344 et 1999, n° 223, pp. 20-22; A. STROWEL et N. IDE, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et question des hyperliens », II^e partie : « La responsabilité en matière d'hyperliens », *R.I.D.A.*, 2000, n° 186, pp. 3-154; L. THOUMYRE, « L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée », *Cahier Lamy – Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, n° 157, pp. 1-6. Voy. aussi la Recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'Internet, 3 mars 2003, disponible sur <http://foruminternet.org>.

(7) Voy. cependant les diverses études citées dans le reste de cet exposé.

(8) <http://www.yahoo.fr>.

(9) <http://www.nomade.fr>.

(10) Il est possible de trouver sur Internet des annuaires spécialisés dans pratiquement tous les domaines, de l'histoire au jardinage, en passant par le droit, le sport, l'économie ou le mariage.

(11) <http://www.google.com>.

(12) <http://www.altavista.com>.

(13) L'URL d'un site (*Uniform Resource Locator*) est l'adresse de ce site, tel que <http://www.fundp.ac.be>.

ses titres et sous-titres, dans ses metatags⁽¹⁴⁾, de la fréquence d'apparition du mot clé dans les documents, du nombre de liens hypertextes pointant vers ce site ou encore du nombre de clics sur le lien établi vers ce site depuis le moteur de recherche... Tous ces facteurs peuvent, d'une manière ou d'une autre, influencer l'indexation et le classement des sites au sein des résultats de recherche⁽¹⁵⁾.

Comme pour les annuaires, il existe aussi bien des moteurs de recherche «généralistes» que des moteurs de recherche spécialisés, de plus en plus nombreux sur le net⁽¹⁶⁾.

Notons que de nombreux outils de recherche combinent ces deux manières de fonctionner et offrent à l'internaute la possibilité d'effectuer une recherche à partir de catégories et sous-catégories préétablies ou sur la base de mots clés choisis librement. C'est à cette dernière méthode de recherche que revient généralement la préférence des utilisateurs.

B. *Référencement gratuit et référencement payant*

Outil de création de trafic incontournable, le référencement est un enjeu capital pour les titulaires de sites soucieux de la visibilité de leurs pages web parmi les milliards de pages existantes.

Deux sortes de référencement se côtoient sur le net. D'une part, le référencement gratuit, qui ne nécessite, comme son nom l'indique, aucune intervention financière de la part du titulaire du site. L'indexation est effectuée de manière automatique par le logiciel d'exploration d'un moteur de recherche ou manuellement par l'équipe de l'annuaire sur requête du titulaire du site. D'autre part, il

existe différents mécanismes de «référencements payants» offerts par les outils de recherche aux titulaires de site qui voudraient, moyennant finance, se garantir ou optimiser leur indexation.

En quête de nouvelles sources de revenus, la plupart des fournisseurs d'outils de recherche ont ainsi mis en place de nouvelles offres de référencement : soumission payante et inclusion payante pour les annuaires, référencement payant pour les moteurs de recherche et positionnement payant sur les deux sortes d'outils.

Ces services payants, contenus sous l'appellation globale de «référencement payant»⁽¹⁷⁾, méritent d'être distingués les uns des autres en fonction de leurs différents objets :

a) *La soumission payante*. Ce mécanisme permet, en échange d'une contribution financière, d'accélérer la prise en compte d'un site par un annuaire, sans garantie aucune d'indexation de celui-ci. Dans un bref délai, le titulaire du site est informé de l'acceptation ou non du référencement de son site. Nous ne reviendrons pas sur ce mécanisme qui pose peu de problème.

b) *Le référencement payant à proprement parler et l'inclusion payante* (paid inclusion). Ce mécanisme permet au titulaire d'un site de s'assurer, moyennant finance, de l'indexation de son site au sein d'un outil de recherche, sans toutefois obtenir une garantie sur une position particulière du lien pointant vers son site parmi les résultats de recherche.

c) *Le positionnement payant* (paid placement). Il s'agit du mécanisme par lequel un titulaire de site achète à un outil de recherche⁽¹⁸⁾ une position sur un mot clé ou une combinaison de mots clés de façon à se garan-

⁽¹⁴⁾ Les balises méta ou metatags permettent, entre autres, au concepteur d'un document d'insérer dans le code HTML de ce document des listes de mots clés non visibles à l'écran et destinées aux moteurs de recherche.

⁽¹⁵⁾ Pour plus de détails sur les facteurs influençant l'indexation au sein des résultats de recherche, voy. notamment, Th. VERBIEST, «Entre bonnes et mauvaises références – À propos des outils de recherche sur Internet», *A&M*, 1999/1, pp. 34 et s.

⁽¹⁶⁾ Certains moteurs se spécialisent notamment dans l'indexation de fichiers MP3, d'images et de photographies, d'articles de presse...

⁽¹⁷⁾ Pour une analyse approfondie des contrats de référencement payant, voy. A. DIMÉGLIO, «Les contrats de référencement dans l'Internet», *Communication – Commerce électronique*, mars 2001, pp. 15-17.

⁽¹⁸⁾ Cet achat de position se fait généralement dans le cadre d'un système d'enchères *on line*. Le prix peut être un prix par affichage du lien ou un coût par «clic», imposant au titulaire du site de payer une certaine somme à chaque fois qu'un internaute clique sur le lien établi vers son site par l'outil de recherche.

tir un positionnement en tête de résultat pour une recherche lancée sur cet outil concernant ces termes⁽¹⁹⁾.

Une compagnie d'assurance peut, par exemple, acheter l'expression « assurance auto » sur un outil de recherche pour avoir la certitude que son site Internet arrivera dans les premières positions des résultats d'une recherche lancée à propos de ces termes par un utilisateur.

Par le biais de ce mécanisme, le titulaire du site ne cherche donc plus seulement à faire référencer son site mais surtout à ce que celui-ci soit « bien » référencé. Il peut, en effet, être capital d'obtenir une bonne position (*ranking*) au sein des résultats de recherche. De récentes études montrent que seuls 7 % des internautes consulteraient plus de trois pages de résultats⁽²⁰⁾. Et même au sein de la première page de résultat, les différences sont marquantes quand on sait que la première position dans les résultats génère trois fois plus de trafic que la cinquième. Les places utiles sont donc chères, et même extrêmement chères quand il s'agit de mots clés particulièrement vendeurs sur le net tels que « jeux », « voyage », « sexe » ou « mp3 ».

C'est évidemment cette importance stratégique du *ranking* qui favorise depuis quelques années le développement des offres de positionnement payant et l'énorme succès qu'elles rencontrent auprès des gestionnaires de sites. Il est aujourd'hui possible aux annonceurs d'acheter des positions sur pratiquement tous les outils de recherche, soit directement auprès des fournisseurs d'outils de recherche,

soit par le biais d'intermédiaires, appelées sociétés de référencement⁽²¹⁾.

La vente de ces positions payantes est aussi devenue incontournable pour les fournisseurs d'outils de recherche eux-mêmes dans la mesure où elle constitue aujourd'hui une de leurs premières sources de revenus⁽²²⁾.

II. Le régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche

Avant d'examiner dans la troisième partie, quelques cas concrets de mise en cause de la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche, penchons-nous ici, de manière générale, sur le régime de responsabilité auquel ils sont soumis.

La directive européenne sur le commerce électronique du 8 juin 2000⁽²³⁾ a voulu offrir à certains prestataires intermédiaires du réseau une relative sécurité juridique. C'est ainsi qu'en vertu des articles 12 à 15, bénéficient, sous certaines conditions, d'une exonération de responsabilité, les activités de simple transport d'information, de stockage sous forme de cache et les services d'hébergement. La loi belge du 11 mars 2003 transposant la directive a repris, de façon presque littérale en ses articles 18 à 21, les exonérations de responsabilité prévues par celle-ci⁽²⁴⁾. Concernant les fournisseurs de services d'hébergement, qui retiendront notre attention par la suite, ceux-ci ne seront pas responsables de l'activité ou de l'in-

⁽¹⁹⁾ Le positionnement payant est défini par la Federal Trade Commission américaine comme « any program in which individual Web sites or URLs can pay for a higher ranking in a search result list, with the result that relevancy measures alone do not dictate their rank » (Federal Trade Commission, « Response to Commercial Alert requesting investigation of various Internet search engine companies for paid placement and paid inclusion programs », juin 2002, p. 1, disponible sur <http://www.ftc.gov/os/closings/staff/commercialalertletter.htm>).

⁽²⁰⁾ X, « La notion de qualité du référencement : la notion de *ranking* », 13 janvier 2003, disponible sur <http://abc-netmarketing.com>.

⁽²¹⁾ Par exemple : Netbooster, Webformance, Référencement.com... Une association regroupant de nombreuses sociétés de référencement a d'ailleurs été fondée, la Search Marketing association (www.search-marketing-association.com).

⁽²²⁾ S. OLSEN, « Google preps new tool to juice revenue », 10 mai 2004, disponible sur <http://news.com>.

⁽²³⁾ Directive 2000/31/C.E. 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, *J.O.C.E.*, n° L178 du 17 juillet 2000, p. 1, ci-après « directive sur le commerce électronique ».

⁽²⁴⁾ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12962, ci-après « loi du 11 mars 2003 ». Pour un commentaire de cette loi, voy. notamment, P. VAN ECKE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel : Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003; E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81-95.

formation illicite contenue sur un site hébergé à moins qu'ils en aient eu connaissance et qu'il n'ait pas agi promptement pour y mettre fin (dir., art. 14 et loi du 11 mars 2003, art. 20)⁽²⁵⁾.

Bien qu'ils soient, à n'en pas douter, des prestataires intermédiaires essentiels du réseau, les fournisseurs d'outils de recherche ne sont pas repris par la directive européenne sur le commerce électronique, ni par la loi belge, parmi les intermédiaires techniques bénéficiant d'un tel régime. Sur ce point, la directive n'a, en effet, pas suivi le *Digital Millenium Copyright Act américain*⁽²⁶⁾, dont elle s'inspire largement pour le reste. Celui-ci prévoit que les fournisseurs d'outils de recherche bénéficient d'une exonération conditionnelle de responsabilité semblable aux fournisseurs d'hébergement. Ainsi, ils ne seront pas tenus responsables du caractère contrefaisant des informations répertoriées pour autant qu'ils n'aient pas connaissance de ce caractère contrefaisant (*actual knowledge*), qu'ils retirent promptement les informations litigieuses et qu'ils n'aient perçu aucune rémunération provenant directement de l'activité contrefaisante. Le texte prévoit en outre une procédure complexe de notification et de retrait (*notice and*

take down) mettant l'outil de recherche à l'abri de toute mise en cause de sa responsabilité.⁽²⁷⁾

Ne pouvant bénéficier d'une telle exonération de responsabilité en droit européen, les fournisseurs d'outils de recherche restent donc soumis au droit commun de la responsabilité. Ils répondront donc de leur faute et se verront dans l'obligation de réparer le dommage causé par celle-ci.

Toutefois, eu égard au rôle essentiel joué par les outils de recherche sur Internet, l'article 21 de la directive sur le commerce électronique charge la Commission européenne de se pencher sur la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche. Dans un premier rapport datant de novembre 2003⁽²⁸⁾, la Commission rappelle l'importance de ces services pour le fonctionnement d'Internet et souligne la pertinence de la législation de certains Etats (l'Espagne, le Portugal, l'Autriche et le Liechtenstein) qui ont décidé d'étendre les limitations de responsabilité prévues par la directive pour les services d'hébergement ou de fourniture d'accès aux moteurs de recherche.⁽²⁹⁾ Toutefois, aucune proposition n'est faite par la Commission pour uniformiser au

(25) Sur la question de la responsabilité des hébergeurs et des autres prestataires intermédiaires, voy. notamment, E. MONTÉRO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», vol. 3, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 15 et s.; Ch. DE PRETER, «Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor de dienstverlener», in *Elektronische handel : Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003, pp. 211-234; K. BODARD, «Aansprakelijkheid van Internet Service Provider in Europees perspectief», in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP et E. JANSSENS (éds), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 285-311; E. MONTÉRO, «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur le réseau», in E. MONTÉRO (dir.), *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahier du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 271-295; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 214-254; A. STROWEL et N. IDE, «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens», *R.I.D.A.*, 2000, n° 185, pp. 3-168 et n° 186, pp. 3-154.

(26) Digital Millenium Copyright Act, Public Law n° 105 – 304, 112 Stat. 2860, 28 oct. 1998 (ajoute un article 512 au Copyright Act de 1976). Rappelons que contrairement à la directive européenne sur le commerce électronique qui couvre de manière horizontale tous types d'activités illicites exercées en ligne, le DMCA ne concerne que la matière du droit d'auteur.

(27) Concernant le régime mis en place par la loi américaine, voy. notamment, C.W. WALKIER, «Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines», *Virginia Journal of Law & Technology*, University of Virginia, vol. 9, Issue 1, winter 2004, disponible sur <http://www.vjolt.net>; A. STROWEL et N. IDE, «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens», 1^{re} partie : «La responsabilité des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles», *R.I.D.A.*, 2000, n° 185, pp. 49-61; V. SÉDALLIAN, «La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique», *Cahiers Lamy – Droit de l'informatique et des réseaux*, 1999, n° 110/1, pp. 1-5; J. BAND, «The Digital Millenium Copyright Act : A Balanced Result», *E.I.P.R.*, 1999, pp. 92-94.

(28) Commission européenne, premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/C.E. 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, COM (2003) 702 final, 21 novembre 2003, pp. 13 et s.

(29) Le régime de responsabilité des hébergeurs est, selon nous, mieux adapté aux fournisseurs d'outils de recherche que le régime plus favorable prévu pour les activités de simple transport. Dans le même sens, voy. notamment, E. MONTÉRO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», vol. 3, in *Responsabilités : Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 36.

niveau européen le régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche.

Pourtant, étant donné le rôle capital joué par les outils de recherche dans le monde virtuel, une analogie avec le régime d'exonération de responsabilité prévu pour les hébergeurs nous semble souhaitable. Il serait, en effet, injustifié de traiter les fournisseurs d'outils de recherche plus sévèrement que les hébergeurs alors qu'ils n'ont pas plus de contrôle sur les informations qu'ils référencent que les hébergeurs sur les sites qu'ils hébergent.

De nombreux auteurs ont d'ailleurs déjà plaidé dans ce sens⁽³⁰⁾. Et les tribunaux ont, eux aussi, dans plusieurs affaires dont nous reparlerons, appliqué par analogie aux fournisseurs d'outils de recherche le régime de responsabilité prévu par la directive pour les fournisseurs d'hébergement.

Nuançons cependant déjà notre propos. S'il est certain que les fournisseurs d'outils de recherche méritent de voir leur responsabilité limitée dans le cadre de leur activité traditionnelle, c'est-à-dire le référencement gratuit de millions de pages Internet, il n'en est pas de même en ce qui concerne leur vente de position payante qui s'apparente, comme nous le verrons, à une vente d'espace publicitaire. En effet, en ce qui concerne les offres de référencement payant, l'outil de recherche ne se présente plus comme un simple intermédiaire technique mais bien comme un fournisseur d'espace publicitaire ayant un rôle actif dans ce processus⁽³¹⁾. Une différence de régime doit donc, nous semble-t-il, être faite, sur la base d'un critère fonctionnel, entre l'activité de référencement automatique et gratuit et l'activité de vente de positions payantes. Concernant cette dernière, il nous paraît justifié

que les fournisseurs d'outils de recherche restent pleinement soumis au droit commun de la responsabilité. C'est d'ailleurs ce qui a été jugé par le tribunal de grande instance de Nanterre qui, dans un jugement d'octobre dernier sur lequel nous reviendrons, refusait de considérer Google, dans le cadre de son offre de référencement payant, comme un simple intermédiaire technique⁽³²⁾.

III. Le référencement au regard du droit

Zoom sur quelques questions juridiques soulevées par le référencement

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous allons évoquer ici quatre questions juridiques soulevées par le référencement, tant en matière de référencement gratuit, que dans le secteur de plus en plus florissant des offres de référencement payant.

Nous examinerons tout d'abord la question de la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche en raison du contenu illicite ou préjudiciable de sites référencés (A). Nous nous pencherons ensuite sur le statut du référencement au regard du droit de la publicité et les obligations qui peuvent en découler pour les fournisseurs d'outils de recherche comme pour les annonceurs (B). Dans un troisième point, nous évoquerons l'épineuse relation qui existe entre le droit des marques et le référencement payant ainsi que le phénomène de plus en plus fréquent de *position squatting* (C). Enfin, le dernier point examinera la compatibilité des mécanismes de référencement avec les règles du droit de la concurrence (D).

⁽³⁰⁾ Voy. notamment, Th. VERBIEST, «La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et en droit belge», 30 avril 1999, disponible sur <http://www.juriscom.net>; ECLIP (Electronic Commerce Legal Issue Platform), Recommandations to the Commission, «Liability for Online Intermediaries», 9 févr. 2000, pp. 1-2, disponible sur <http://europa.eu.int>; Th. VERBIEST, «Entre bonnes et mauvaises références – À propos des outils de recherche sur Internet», *A&M*, 1999/1, pp. 44 et s.; G. DESGENS-PASANAU et J. GUISTI, «La guerre des moteurs de recherche aura-t-elle lieu?», 12 févr. 2001, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>; M.-I. CAHEN et O. ANDRIEU, «La responsabilité des outils de recherche», 5 sept. 2003, disponible sur <http://www.juristic.net>.

⁽³¹⁾ La Cour de cassation considère d'ailleurs qu'un intermédiaire au sens de la loi du 11 mars 2003 est un prestataire de service dont «l'activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif» (Cass., 3 févr. 2004, *R.D.T.I.*, n° 19, 2004, pp. 51 et s., note F. DE PATOUL et I. VEREECKEN).

⁽³²⁾ T.G.I. Nanterre, 2^e ch., 13 octobre 2003, *Viaticum et Lutécien c. Google France*, *R.D.T.I.*, n° 18, 2004, pp. 109 et s., note S. PIRLOT DE CORBION.

A. La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche du fait du contenu illicite ou préjudiciable de sites référencés

Le fournisseur d'outil de recherche peut-il être tenu responsable parce qu'un site qu'il référence contient des informations illicites ou préjudiciables à une tierce personne? Il se peut, par exemple, qu'un site indexé porte atteinte aux droits à l'image et au respect de la vie privé d'autrui, tienne des propos racistes ou xénophobes ou comporte des données violant la propriété intellectuelle d'un tiers.

Il apparaît clairement, dans ces hypothèses, que le premier et le principal responsable est l'éditeur du site au contenu illicite⁽³³⁾. Mais cette principale responsabilité n'exclut théoriquement en rien une éventuelle responsabilité dans le chef de l'outil de recherche ayant référencé ce site⁽³⁴⁾. Encore faudra-t-il prouver, en vertu du droit commun, que celui-ci a commis une faute en relation causale avec le dommage subi par la victime. En quoi pourrait consister une telle faute? Trois hypothèses nous semblent envisageables. Nous les examinerons à la lumière de trois décisions jurisprudentielles que nous allons tout d'abord résumer brièvement.

Dans une première affaire jugée en 2000 par le tribunal de grande instance de Paris⁽³⁵⁾, l'homme politique français Bertrand Delanoé avait constaté l'existence d'un site Internet

érotique dont l'adresse URL reprenait son nom et prénom. Ainsi, quand un internaute lançait une recherche à propos du mot clé «Bertrand Delanoé» sur le moteur de recherche Altavista, il aboutissait à une page de résultat comprenant notamment un lien vers ce site érotique. Le sénateur reprocha à Altavista le manque de contrôle de l'indexation réalisée. Le tribunal refusa pourtant de condamner le moteur de recherche au motif que celui-ci avait prévu une procédure d'alerte sur son site et avait pris toutes les mesures nécessaires dès qu'il avait été averti du référencement indélicat. Altavista avait en effet procédé au déréférencement immédiat du site litigieux.

Une affaire similaire fut jugée en mai 2003 par le même tribunal statuant en référé⁽³⁶⁾. La chanteuse Lorie, ayant découvert l'existence d'un site Internet (<http://lorienue.free.fr>) proposant des photomontages d'elle nue, intenta une action en justice contre l'exploitant du site en question et contre la société Wanadoo, reprochant à cette dernière de référencer le site litigieux dans son moteur de recherche «Voilà.fr». Le tribunal estima que la demande de mise en cause de la responsabilité de Wanadoo pour manque de contrôle du contenu des sites référencés n'était pas fondée. Il rappela qu'un moteur de recherche indexe de manière automatique les pages web qu'il visite sur la base des mots clés que celles-ci contiennent, et qu'il était sérieusement contestable qu'un moteur de recherche doive assumer une obligation de surveillance du contenu des sites référencés⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ À ce sujet, voy. la recommandation du Forum des droits sur l'Internet en matière d'hyperliens qui estime «qu'il doit être fait obligation à la victime de rapporter la preuve qu'elle est intervenue ou qu'elle a tenté d'intervenir contre l'éditeur et/ou l'hébergeur du site lorsqu'elle engage ou maintient toutes poursuites contre le créateur d'hyperliens» (Forum des droits sur l'Internet, «Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites», recommandation du 23 octobre 2003, p. 16, disponible sur www.foruminternet.org). Voy., cependant, E. MONTÉRO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», vol. 3, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 35, pour qui, il semble «abusif d'exiger de la victime qu'elle agisse (ou qu'elle tente d'agir) préalablement contre l'éditeur ou l'hébergeur du site litigieux, même s'il est vrai que sans une procédure au fond à leur encontre, le problème persistera et justifiera d'autres actions».

⁽³⁴⁾ A. STROWEL et N. IDE, «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens», II^e partie : «La responsabilité en matière d'hyperliens», *R.I.D.A.*, 2000, n° 186, p. 101.

⁽³⁵⁾ T.G.I. Paris, réf., 31 juill. 2000, aff. *Bertrand Delanoé c. Altavista, Kobiba e.a.*, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>.

⁽³⁶⁾ T.G.I. Paris, réf., 12 mai 2003, aff. *Mlle L.P. dite Lorie c. M. G.S., Wanadoo Portails*, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

⁽³⁷⁾ Dans le même sens, Paris, 14^e ch., 15 mai 2002, *Expertises*, déc. 2002, pp. 433-434, note J. GIUSTI, «Vers une théorie générale de la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche sur Internet...». En l'espèce, la société Matelsom reprochait au moteur de recherche Altavista de faire apparaître parmi les résultats de recherche un lien hypertexte renvoyant vers le site d'un concurrent de Matelsom ayant contrefait certains éléments du site de Matelsom. La Cour refusa de condamner Altavista au motif que le fournisseur d'outil de recherche n'était pas tenu de «vérifier les effets des liens hypertextes indexés sur son moteur de recherche».

Enfin, le tribunal de Haarlem⁽³⁸⁾ (Pays-Bas) a eu récemment l'occasion de se prononcer dans une affaire opposant un moteur de recherche hollandais spécialisé dans le référencement de site proposant des MP3 (zoekmp3.nl) et l'association Brein luttant contre le piratage d'œuvres musicales. Cette dernière reprochait au moteur de recherche d'offrir à ses utilisateurs des liens pointant vers des sites proposant des fichiers MP3 illégaux. Le tribunal refusa de donner raison à l'association en affirmant que le moteur de recherche n'offrait lui-même aucun contenu illicite, il se contentait de proposer des liens vers des sites contenant des MP3 à télécharger. Ces simples liens ne pouvaient pas être considérés, selon le tribunal, comme une communication au public ou une publication des œuvres protégées. Il releva aussi qu'il n'avait pas été démontré que le moteur de recherche pouvait lui-même distinguer les MP3 légaux ou illégaux. Enfin, le tribunal souligna que «d'une part, il est possible de *downloader* au moyen de zoekmp3.nl, des MP3 non contrefaits. D'autre part, le législateur [...] stipule que, en soi, la copie (dans ce cas-ci, en *downloadant*) de MP3 contrefaits/illégaux pour un usage privé, n'est pas en contradiction avec la loi sur le droit d'auteur ou la loi sur les droits voisins»⁽³⁹⁾.

Dans ces trois affaires, les juges, s'inspirant manifestement du régime de responsabilité des hébergeurs mis en place par la directive sur le commerce électronique, ont ainsi refusé de condamner le fournisseur d'outil de recherche qui n'avait pas une connaissance effective du caractère illicite ou préjudiciable du contenu du site indexé ou qui, mis au courant, avait agi promptement pour retirer le référencement litigieux. Bien qu'il n'existe, à notre connaissance, aucune décision belge relative à cette question et que la jurisprudence étrangère soit loin d'être fixée dans ce domaine, tentons, à la lumière de ces décisions, de dégager ce qui pourrait être constitutif d'une

faute dans le chef d'un outil de recherche indexant un site au contenu illicite.

1. L'absence de filtrage des mots clés (moteurs de recherche) ou le choix de rubriques douteuses (annuaires) comme faute

Pourrait-on reprocher à un moteur de recherche de ne pas avoir mis en place un système de filtrage empêchant le référencement de site contenant des mots clés pouvant paraître suspects tels, que «révisionnisme», «pédophilie» ou «viol»? Techniquement, il est possible de programmer le robot indexateur du moteur de recherche pour exclure le référencement de sites contenant ces termes.

Mais un tel contrôle *a priori* ne nous semble pas souhaitable. Il aboutirait à censurer de nombreux sites au contenu tout à fait licite (luttant par exemple contre les activités que ces mots désignent) et serait une grave entrave à la liberté d'expression. En outre, il est peu probable qu'un tel mécanisme soit réellement efficace. En effet, la liste noire des mots clés censurés serait sans doute assez facile à connaître, les créateurs de site au contenu douteux pourraient donc aisément la contourner en évitant d'utiliser ces termes et seraient ainsi à nouveau référencés au sein des résultats de recherche.

Dans l'affaire *Lorie*⁽⁴⁰⁾, résumée ci-dessus, la chanteuse soutenait qu'au vu du titre du site litigieux (lorienue.free.fr) et des mots clés qu'il contenait, le moteur de recherche ne pouvait pas ignorer le caractère illicite du contenu de ce site et engageait sa responsabilité en n'ayant pas déréférencé ce site automatiquement. Quels sont les termes qui auraient dû, selon Lorie, être exclus d'office de l'indexation car manifestant nécessairement un contenu douteux? «Nudité», «célébrité», «photographie dénudée» ...? Il est évident que de tels mots ne sont pas, en soi, gages d'il-

⁽³⁸⁾ Civ. Haarlem, 12 mai 2004, *Techno Design c. Brein*, aff. nr. 85489/HA ZA 02-992, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>.

⁽³⁹⁾ Traduction libre («enerzijds mogelijk is om door middel van zoekmp3.nl niet inbreukmakende mp3-bestanden te downloaden. Anderzijds heeft de wetgever [...] bepaald dat op zichzelf het kopiëren (in dit geval door middel van downloaden) van een inbreuk-makend/illegal mp3-bestand voor eigen gebruik, geen strijd met Auteurswet of de wet op de naburige rechten oplevert»).

⁽⁴⁰⁾ T.G.I. Paris, réf., 12 mai 2003, aff. *Mlle L.P. dite Lorie c. M. G.S., Wanadoo Portails*, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

licité. Au contraire, de nombreuses stars affichent volontairement leurs charmes dans la presse et il ne revient pas à l'outil de recherche de se faire juge du caractère licite ou non de certaines photographies. Le tribunal refusa donc de suivre la chanteuse dans son argumentation.

De la même manière, dans une recommandation sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites datant d'octobre 2003, le Forum des droits sur l'Internet considère que n'est pas constitutif de faute le fait pour un créateur automatique d'hyperliens (tel un moteur de recherche) «de ne pas avoir mis en place un procédé empêchant automatiquement, à l'aide d'un système de filtrage sur mots clés ou d'une autre technique automatique destinée à référencer des contenus, la fourniture d'hyperliens vers des contenus illicites, lorsque ce procédé peut conduire également à supprimer la fourniture de liens vers des contenus licites»⁽⁴¹⁾.

La situation est-elle différente pour les annuaires? Ceux-ci ne fonctionnent pas sur la base d'une indexation automatique mais proposent des rubriques au sein desquelles les titulaires de sites peuvent solliciter leur référencement. Peut-on reprocher à l'annuaire de proposer des rubriques douteuses, telles que «révisionnisme», «pédophilie» ou «célébrités nues»? À nouveau, et pour les mêmes raisons qu'évoquées ci-dessus, il nous semble devoir répondre par la négative à cette question. En effet, les sites auxquels renverront ces rubriques ne seront pas nécessairement illicites⁽⁴²⁾. Ce n'est qu'un examen du contenu même du site qui pourra révéler le caractère illicite ou non de celui-ci. Tel est l'objet du point suivant.

2. Le manque de contrôle du contenu des sites référencés comme faute

Pourrait-on reprocher à l'outil de recherche de ne pas avoir lui-même contrôlé le contenu du site avant de procéder à son référencement?

Concernant les moteurs de recherche, un tel contrôle est impossible étant donné que le référencement s'y fait de manière automatique à l'aide d'un robot indexant des millions de pages web tous les jours. À nouveau, cette solution est défendue par le Forum des droits sur l'Internet qui refuse de considérer comme faute le fait pour un moteur de recherche «de ne pas avoir vérifié la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services»⁽⁴³⁾.

La réponse est différente en ce qui concerne les annuaires. En effet, ceux-ci procèdent à une indexation manuelle. Nous pensons donc que pourrait, en théorie, être considéré comme une négligence fautive le fait pour un annuaire d'établir un lien vers un site au contenu illicite. Cette affirmation mérite cependant d'être nuancée sur deux points au moins en pratique.

Premièrement, si un tel contrôle peut être exigé de la part de l'annuaire au moment de l'indexation du site, il nous semblerait excessif d'exiger que l'annuaire vérifie de manière périodique l'évolution du contenu de tous les sites référencés, après l'établissement du lien⁽⁴⁴⁾.

En effet, mis à part le cas d'annuaires extrêmement spécialisés et n'indexant que très peu de sites, la plupart des annuaires seraient dans l'impossibilité d'effectuer un tel contrôle continu des centaines de milliers de pages référencées. Un titulaire de site pourrait donc solliciter l'indexation de son site au sein d'un annuaire et quelques heures après avoir obtenu celle-ci, changer totalement le contenu de

(41) Forum des droits sur l'Internet, «Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites», Recommandation du 23 octobre 2003, p. 16, disponible sur www.foruminternet.org.

(42) V. SÉDALLIAN, «À propos de la responsabilité des outils de recherche», février 2000, disponible sur www.juriscom.net.

(43) Forum des droits sur l'Internet, «Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites», Recommandation du 23 octobre 2003, p. 16, disponible sur www.foruminternet.org.

(44) Dans le même sens, voy. notamment, E. MONTÉRO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», vol. 3, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 37; Forum des droits sur l'Internet, «Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites», recommandation du 23 octobre 2003, p. 16, disponible sur www.foruminternet.org; V. Sédallian, «À propos de la responsabilité des outils de recherche», février 2000, disponible sur www.juriscom.net.

ses pages web et y faire figurer des données illégales, sans que rien ne puisse être reproché à l'annuaire. L'efficacité de ce contrôle à l'origine de l'indexation sera donc certainement limitée au regard de la volatilité des informations disponibles sur le net.

Deuxièmement, si dans certains cas, l'illégalité du contenu du site est manifeste (par exemple, les pages web comportant des photographies à caractère pédophile), la plupart du temps, le caractère licite ou non du contenu du site ne sera pas évident (notamment en matière de propriété intellectuelle). Sous peine de s'ériger en juge, il ne relève certainement pas du rôle de l'annuaire de se lancer dans de telles appréciations juridiques. En conséquence, l'annuaire doit, sans doute, se limiter à censurer les sites au contenu "manifestement" illicite, ce qui reste certainement délicat à définir...

3. Le défaut de suspendre le référencement litigieux comme faute

Le fournisseur d'outil de recherche pourrait certainement voir sa responsabilité engagée si, mis au courant du caractère illicite du contenu d'un site indexé, il ne prenait pas les mesures adéquates et, principalement, s'il refusait de procéder au déréférencement de ce site.

La plupart des outils de recherche proposent d'ailleurs des procédures d'alerte permettant aux personnes s'estimant préjudiciées par le contenu d'un site indexé de demander son déréférencement immédiat.

Dans les trois affaires décrites ci-dessus, les tribunaux semblent insister sur l'importance de cette obligation à charge des fournisseurs d'outils de recherche. Dans l'affaire *Bertrand Delanoé*⁽⁴⁵⁾ et l'affaire *Lorie*⁽⁴⁶⁾, les juges

soulignent, pour refuser de les condamner, la réaction rapide des moteurs de recherche mis en cause pour procéder à la suppression de l'indexation des sites litigieux dès lors qu'ils avaient été mis au courant du caractère illicite du contenu de ces sites. Dans l'affaire *zoekmp3.nl*⁽⁴⁷⁾, le tribunal rappela que, même si cela n'était pas invoqué dans cette affaire, la responsabilité du moteur de recherche pourrait être engagée si celui-ci ne prenait pas de mesures adéquates, une fois mis au courant du caractère illégal du contenu du site référencé.

L'outil de recherche a donc l'obligation de réagir promptement dès qu'il a connaissance du caractère illicite du contenu d'un site indexé. Mais quand acquiert-il une telle connaissance? S'il est évident que celle-ci existe en cas de notification par une autorité judiciaire, en est-il de même de la simple notification de la personne se sentant préjudiciée par le contenu du site en question? Encore faut-il, comme le précisait le tribunal de Haarlem dans l'affaire *zoekmp3.nl*, que cette notification ne soit pas douteuse⁽⁴⁸⁾. Dans le cas contraire, l'outil de recherche pourrait peut-être inversement exposer sa responsabilité pour avoir déréférencé un site sur la base d'une demande abusive...

Remarquons que le même problème se pose pour les hébergeurs. En effet, en vertu de l'article 14 de la directive européenne sur le commerce électronique et de l'article 20 de la loi belge du 11 mars 2003⁽⁴⁹⁾, ceux-ci ne seront tenus responsables que s'il est prouvé qu'ils avaient une connaissance effective de l'activité illicite et qu'ils n'ont pas agi promptement pour y mettre fin. Comment l'hébergeur peut-il juger du caractère illicite du contenu qu'il héberge? On peut craindre qu'il ne réponde à toutes les plaintes qu'il reçoit pour éviter de voir sa responsabilité engagée au risque de censurer ainsi de l'information totale-

(45) T.G.I. Paris, réf., 31 juill. 2000, aff. *Bertrand Delanoé c. Altavista, Kobiba et autres*, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>.

(46) T.G.I. Paris, réf., 12 mai 2003, aff. *Mlle L.P. dite Lorie c. M. G.S., Wanadoo Portails*, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

(47) Civ. Haarlem, 12 mai 2004, *Techno Design c. Brein*, aff. nr. 85489/HA ZA 02-992, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>.

(48) « *Terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen* ».

(49) Notez, cependant, la particularité du texte belge (art. 20, §3) qui impose à l'hébergeur qui a une connaissance effective d'une information illicite d'en informer le procureur du Roi qui prend les mesures utiles. Aussi longtemps que celui-ci n'a pris aucune décision, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations.

ment licite. En outre, la directive et la loi belge ne prévoient aucune procédure de notification et de retrait semblable à celle prévue par le *Digital Millennium Copyright Act*.⁽⁵⁰⁾ À l'instar du texte américain, une telle procédure accompagnée d'une possibilité de sanction pour plainte abusive serait sans doute la meilleure solution pour prémunir définitivement tant l'hébergeur que l'outil de recherche de la mise en cause de sa responsabilité par l'une ou l'autre partie⁽⁵¹⁾.

À cet égard, il est intéressant de souligner la récente décision du Conseil constitutionnel français concernant l'interprétation de la nouvelle loi pour la confiance dans l'économie numérique⁽⁵²⁾ qui transpose en droit français la directive sur le commerce électronique. Le Conseil a précisé que les articles 6-I.2 et 6-I.3 de la loi «ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas *manifestement* un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge»⁽⁵³⁾. Cette interprétation restrictive de la mise en cause de la responsabilité des hébergeurs pourrait bien inspirer les juges amenés à statuer dans une affaire relative à la responsabilité d'un outil de recherche en raison du contenu illicite d'un site référencé.

B. Le référencement face au droit de la publicité

L'article 2 (f) de la directive européenne sur le commerce électronique définit la notion de «communication commerciale» comme «toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée». Cette définition est reprise sous l'appellation de «publicité» par l'article 2 (7°) de la loi belge du 11 mars 2003 transposant cette directive.

Le référencement d'un site au sein d'un outil de recherche peut-il être assimilé à de la publicité? En ce qui concerne le référencement payant et en particulier, le positionnement payant, il n'y a, selon nous, aucun doute possible. Ils doivent certainement être considérés comme de la publicité au sens de la directive et de loi belge. En effet, ces mécanismes impliquent nécessairement une démarche volontaire du responsable du site qui, moyennant une contrepartie financière, visera à augmenter la visibilité de son site et par là, promouvoir les produits et services contenus en ses pages.

Les règles en matière de publicité trouvent donc pleinement à s'appliquer concernant le référencement payant. La première de ces règles est l'obligation d'identification de la publicité contenue à l'article 6 (a) de la directive sur le commerce électronique. Celui-ci stipu-

⁽⁵⁰⁾ La Commission européenne, dans son premier rapport sur l'application de la directive sur le commerce électronique, note que seules la Finlande et l'Islande ont adopté une procédure de notification et de retrait, les autres États encouragent plutôt l'autorégulation dans ce domaine (Commission européenne, premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/C.E. 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, COM (2003) 702 final, 21 novembre 2003, pp. 16 et s.).

⁽⁵¹⁾ Voy. dans ce sens la recommandation à la Commission du groupe de recherche ECLIP (Electronic Commerce Legal Issues Platform) : «By establishing conditions upon which notices are deemed to be reliable enough to cause the material to be taken down, and especially by giving the opportunity to the site owner to object, this procedure seems to respect the freedom of speech and fair competition» (ECLIP, Esprit Project 27028, recommandations to the Commission, Liability for Online Intermediaries, 9 February 2000, disponible sur <http://europa.eu.int>). Voy. également, E. MONTÉRO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», vol. 3, in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 34.

⁽⁵²⁾ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *J.O.*, n° 143, 22 juin 2004, p. 11168.

⁽⁵³⁾ Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, *J.O.*, n° 143, 22 juin 2004, p. 11182, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Voy. à cet égard : L. THOUMYRE, «Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite», 28 juill. 2004, disponible sur www.juriscom.net.

le qu'une «communication commerciale doit clairement être identifiable comme telle», sous peine d'être considérée comme de la publicité clandestine. Pour éviter d'induire les internautes en erreur, l'outil de recherche doit donc veiller à ce que le lien hypertexte renvoyant à un site ayant obtenu cette indexation moyennant paiement soit clairement reconnaissable par l'utilisateur comme de la publicité. Dans cette optique, la plupart des outils de recherche identifient ces liens payés comme «liens promotionnels», «liens sponsorisés», «liens commerciaux»... Ces liens publicitaires sont parfois intégrés totalement au sein des autres résultats de recherche, ce qui peut prêter à confusion. Mais le plus souvent, ils apparaissent clairement en dehors des résultats «traditionnels», par exemple, en haut de la fenêtre, séparés par une ligne des autres résultats de recherche sur Yahoo! ou sur le côté droit de l'écran sur Google.

Il faut noter que la loi belge du 11 mars 2003 se montrait à l'origine nettement plus contraignante que la directive en exigeant à l'article 13 (1^o), non seulement que la publicité soit clairement identifiable comme telle, mais en imposant, en outre, que celle-ci comporte en toutes lettres la mention «publicité» de manière lisible, apparente et non équivoque. Cet article, modifié par la loi programme du 9 juillet 2004⁽⁵⁴⁾, prévoit aujourd'hui que «dès sa réception, la publicité, étant donné son effet global et y compris sa présentation, est clairement identifiable comme telle. À défaut, elle comporte la mention «publicité» de manière lisible, apparente et non équivoque».

La question de l'obligation d'identification de la publicité en matière de positionnement payant avait déjà été soulevée en 2001 devant la Federal Trade Commission américaine⁽⁵⁵⁾.

Celle-ci avait été saisie d'une plainte déposée par une association de protection des consommateurs contre huit outils de recherche qui, selon cette association, trompaient les utilisateurs Internet en ne distinguant pas clairement les liens promotionnels des autres résultats de recherche. La Federal Trade Commission, après enquête, arriva à la conclusion que plus de 60 % des internautes ignoraient que certains résultats de recherche provenaient de mécanismes payants. En conséquence, elle recommanda aux outils de recherche visés par la plainte de clairement distinguer les liens promotionnels des autres résultats et de mettre à la disposition des utilisateurs une information claire concernant les facteurs influençant l'apparition des liens au sein des résultats de recherche.

Le référencement, quand il peut être qualifié de publicité, doit aussi veiller à respecter les autres règles gouvernant cette matière⁽⁵⁶⁾. Notamment, l'obligation de transparence et de loyauté⁽⁵⁷⁾, l'interdiction de la publicité trompeuse et mensongère⁽⁵⁸⁾ et les règles qui encadrent la publicité comparative⁽⁵⁹⁾. Pourrait ainsi être qualifié de publicité trompeuse, le positionnement acheté par un site concernant un mot clé sans lien avec son activité. On peut imaginer, par exemple, un site de casino *online* ayant acheté une position en tête de résultat sur un mot clé très populaire sur Internet comme «mp3» dans l'espoir d'attirer un maximum d'internautes vers son site.

À côté du référencement payant, l'on peut aussi se poser la question de savoir si le référencement traditionnel et gratuit au sein d'un moteur de recherche constitue de la publicité au sens de la directive et de la loi belge. Nous serions tentés, à première vue, de répondre par la négative. L'indexation s'y fait de manière automatique, sans nécessiter, en théorie, la

⁽⁵⁴⁾ Loi-programme du 9 juill. 2004, *M.B.*, 15 juillet 2004, art. 72.

⁽⁵⁵⁾ Federal Trade Commission, *Response to Commercial Alert requesting investigation of various Internet search engine companies for paid placement and paid inclusion programs*, juin 2002, disponible sur <http://www.ftc.gov>.

⁽⁵⁶⁾ Sur ces questions, voy. D. GOBERT, «La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution», *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, pp. 71-90 et spéc., pp. 81-86; Th. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles – Paris, Larcier-L.G.D.J., 2004, pp. 59 et s.

⁽⁵⁷⁾ Directive européenne sur le commerce électronique, article 6, b), et loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, article 13, 2^o.

⁽⁵⁸⁾ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, article 23.

⁽⁵⁹⁾ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, article 23bis.

moindre intervention du titulaire du site. Pourtant, la pratique vient nuancer cette affirmation. En effet, le référencement, même gratuit, est de plus en plus souvent le résultat d'une stratégie de marketing poussée, basée sur de nombreux facteurs, pour tenter d'optimiser au maximum son indexation dans le plus grand nombre d'outils de recherche. Dans cette optique, les gestionnaires de site vont, entre autres, modifier leurs métatags, tenter d'augmenter le nombre de liens vers leurs sites ou solliciter leur indexation, même gratuite, dans un maximum d'annuaires. Ces démarches sont d'ailleurs régulièrement confiées aux sociétés de développement de sites web ou à des sociétés spécialisées. En clair, le référencement, même quand il n'est pas obtenu moyennant paiement, fait partie intégrante de la stratégie de promotion du site et résulte bien souvent d'une démarche volontaire du titulaire du site tendant à faciliter l'accès à ses pages web et, par là même, à promouvoir les produits et services qu'il y propose. Quand de telles démarches sont effectuées à des fins commerciales, industrielles, artisanales ou de profession libérale, il semble donc que le référencement, même gratuit, puisse être considéré comme de la publicité au sens de la directive et de la loi belge⁽⁶⁰⁾. Ceci signifie que les règles en matière de publicité évoquées ci-dessus concernant le référencement payant, trouvent aussi pleinement à s'appliquer dans cette hypothèse, ce qui ne va pas sans soulever de nombreux problèmes pratiques.

C. Le référencement payant face au droit des marques

Concentrons-nous ici sur le référencement payant et, plus particulièrement, sur le positionnement payant⁽⁶¹⁾. Comme nous l'avons vu, ce mécanisme se base sur l'achat de mots clés par un titulaire de site auprès d'un outil de recherche, assurant ainsi le bon positionnement de ce site dans les résultats d'une recherche lancée par un utilisateur concernant les termes achetés. Or l'octroi de mots clés par les outils de recherche contre rémunération soulève d'épineuses questions lorsque les termes achetés correspondent à des marques, noms commerciaux ou dénominations commerciales. Si l'on en croit une étude menée en 2002⁽⁶²⁾, 93 % des sociétés composant l'indice Dow Jones et 60 % des sociétés du CAC 40 seraient actuellement victimes de *position squatting*. Cette pratique consiste à acheter à un outil de recherche un mot clé correspondant à une marque dont on ne détient pas les droits dans le but de positionner son site en tête des résultats lors d'une recherche lancée par un internaute à propos de cette marque et ainsi profiter de sa notoriété ou tenter de détourner la clientèle qui y est attachée⁽⁶³⁾.

On imagine, par exemple, une société commercialisant des chaussures de sport, qui achète à Google une position en tête des résultats de recherche sur le mot clé «Nike» sans détenir aucun droit sur cette marque, dans le seul but de profiter du succès de celle-ci pour tenter d'attirer un maximum d'internautes vers son propre site.

Pour éviter les abus flagrants, la plupart des outils de recherche offrant des possibilités de positionnement payant exercent un relatif

⁽⁶⁰⁾ Dans ce sens, voy. notamment, Th. Verbiest, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles – Paris, Larquier-L.G.D.J., 2004, pp. 30 et s.

⁽⁶¹⁾ Notons cependant que le référencement gratuit soulève aussi de délicates questions au regard du droit des marques, notamment lorsque l'annonceur insère dans ses métatags une marque dont il ne détient pas les droits dans le but d'optimiser son indexation au sein des outils de recherche. À ce sujet, voy. notamment, Th. Verbiest, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles – Paris, Larquier-L.G.D.J., 2004, pp. 32 et s.; A. CRUQUENAIRE, note sous Comm. Bruxelles, prés., 4 févr. 2002, *Revue Ubiquité*, n° 12, 2002, pp. 93-94; E. WÉRY, «Marques protégées et métatags : Playboy débouté», 6 janv. 1999, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>.

⁽⁶²⁾ Étude C.V.F.M., citée par A. DIMÉGLIO, «Les risques du position squatting», 9 juillet 2002, disponible sur <http://www.journaldunet.com>.

⁽⁶³⁾ Plusieurs sociétés de gestion des marques en ligne (ex : brandscanner.com) proposent aujourd'hui aux titulaires de marques une cybersurveillance afin de les aider à détecter les usages illicites de leurs marques sur le net et notamment, les cas de *position squatting* dont elles pourraient être victimes.

contrôle sur l'achat de ces mots clés. Celui-ci trouvera place tantôt, en amont, avant même la publication du lien publicitaire, tantôt, en aval, dans les jours qui suivent la publication de ce lien promotionnel. En outre, une procédure de plainte est généralement prévue pour les titulaires de marques qui s'estiment lésés par la vente de leurs marques comme mots clés⁽⁶⁴⁾.

Cependant, les litiges à propos du positionnement payant se sont multipliés ces dernières années, tant aux Etats-Unis qu'en Europe. Et à côté de l'acheteur peu scrupuleux de mots clés, c'est souvent le fournisseur d'outil de recherche qui est mis en cause dans de telles procédures.

C'est ainsi qu'en Allemagne, le Landgericht d'Hambourg a fait interdiction en février 2000 au moteur de recherche excite.com de continuer à afficher des liens publicitaires renvoyant au site de vente en ligne de la société iBeauty en cas de recherche lancée sur les mots clés «Estee Lauder», «Clinique» et «Origins», toutes trois, marques appartenant à la société concurrente d'iBeauty, la Estee Lauder Company⁽⁶⁵⁾.

En France, c'est le moteur de recherche Google qui s'est vu condamné, en octobre 2003, par le tribunal de grande instance de Nanterre pour contrefaçon de marques⁽⁶⁶⁾. Les deux sociétés demanderesse dans cette affaire reprochaient au moteur de recherche le fait qu'en saisissant les expressions «bourse des vols» ou «bourse des voyages», marques dont elles étaient titulaires, l'utilisateur voyait apparaître sur son écran, en marge des résultats normaux, des liens publicitaires renvoyant aux sites de voyagistes concurrents. Certains de ces concurrents avaient effectivement acheté à

Google les mots clés «bourse des vols» ou «bourse des voyages» mais la grande majorité de ceux-ci n'avaient acheté que les mots communs «vols» ou «voyage» en choisissant l'option de «requête large» proposée par Google. Celle-ci permet notamment que les liens sponsorisés des annonceurs s'affichent automatiquement dès lors qu'un de ces mots figure dans la recherche de l'utilisateur, même s'il est inclus par celui-ci dans une expression plus large comme, par exemple, «voyage en Afrique», «vols à petits prix» ou «bourse des vols»...

Google refusa de satisfaire totalement aux requêtes amiables des demanderesse. En effet, si le moteur de recherche accepta d'interdire le ciblage comme mot clé des marques déposées «bourse des vols» et «bourse des voyages», il affirma qu'il ne lui était pas possible d'interdire à ses clients de choisir des termes descriptifs tels que «vols» ou «voyage» en spécification large. Le tribunal en jugea autrement, estimant que Google ne pouvait en aucun cas se retrancher derrière sa technologie. Il précisa aussi qu'il n'était pas démontré qu'un meilleur ciblage n'était pas possible, tel qu'un contrôle à partir d'une base de données des marques déposées⁽⁶⁷⁾.

Suite à cette décision, abondamment commentée et souvent critiquée⁽⁶⁸⁾, dont Google a d'ailleurs interjeté appel, d'autres sociétés ont, elles aussi, entamé des actions en justice contre le célèbre moteur de recherche pour contrefaçon de marques. Parmi celles-ci, Rentabiliweb, AXA et le groupe LVMH, titulaire de la marque Louis Vuitton dont la notoriété sera certainement un argument de poids invoqué à l'encontre de Google⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁴⁾ Voy. par exemple la procédure de plainte mise en place par la moteur de recherche Google : http://www.google.com/tm_complaint.html.

⁽⁶⁵⁾ Landgericht Hamburg, 16 février 2000, inédite. Voy. R. MANN, «Sale of Keywords : Trademark Violation, Unfair Competition or Proper E-advertising?», *EIPR*, 2000, issue 8, pp. 378 et s.

⁽⁶⁶⁾ T.G.I. Nanterre, 2^e ch., 13 octobre 2003, *Viaticum et Lutécien c. Google France*, *R.D.T.I.*, n° 18, 2004, pp. 109 et s., note S. PIRLOT DE CORBION.

⁽⁶⁷⁾ Voy. également la très récente ordonnance de ce même tribunal, saisi par les hôtels Méridien, qui impose à Google de retirer les marques «Méridien» et «Le Méridien» de la liste des mots clés suggérés aux annonceurs pour le secteur de l'hôtellerie (T.G.I. Nanterre, 16 décembre 2004, *Hôtels Méridien c. Google*, disponible sur <http://www.juriscom.net>).

⁽⁶⁸⁾ Voy. notamment, S. PIRLOT DE CORBION, note sous T.G.I. Nanterre, 2^e ch., 13 octobre 2003, *R.D.T.I.*, n° 18, 2004, pp. 120 et s.; G. LE LU, «France : Search Engine Operator's Liability», *Computer Law Review International*, 4/2004, pp. 116 et s.; C. MANARA, «Tu m'cherches? La société Google condamnée pour contrefaçon de marques dans ses liens publicitaires», 28 octobre 2003, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

⁽⁶⁹⁾ Pour un aperçu des poursuites judiciaires intentées dans le monde par des titulaires de marques contre Google concernant son service de positionnement payant, voy. le site internet très complet de S. OTT à l'adresse suivante : <http://www.linksandlaw.com>.

Dans une affaire similaire à celle jugée par le tribunal de Nanterre, le Landgericht de Munich a par contre, donné raison au moteur de recherche en refusant de condamner Google pour contrefaçon de marque⁽⁷⁰⁾. Le tribunal précisa qu'il ne pouvait être reproché au moteur de recherche de ne pas exercer un contrôle *a priori* quant à une possible violation de marques dans l'octroi de positionnement payant étant donné qu'une telle appréciation est extrêmement délicate.

L'optique d'une multiplication des poursuites judiciaires de ce type a manifestement déjà fait évoluer les fournisseurs d'outils de recherche qui, semble-t-il, contrôlent aujourd'hui de manière plus stricte les liens établis sur la base de positionnement payant, en évitant de vendre des mots clés correspondant à des marques célèbres à n'importe qui. En effet, il y a encore quelques mois, en tapant des marques telles que « Dior » ou « Gucci » dans la fenêtre de recherche de Google.fr, vous obteniez en marge des résultats normaux, des liens publicitaires pointant vers des sites Internet ayant acheté une position sur ces termes au moteur de recherche et proposant une foule de répliques bon marché de sacs et d'accessoires de ces marques. Ces pratiques ont aujourd'hui très fortement diminué même si elles n'ont pas complètement disparu.

Cependant, on ne peut s'empêcher de souligner le danger d'un tel contrôle par les fournisseurs d'outils de recherche. En effet, ceux-ci sont-ils vraiment à même, mis à part les cas de violations flagrantes, de se faire juges du droit d'un annonceur sur tel ou tel signe

distinctif? Comment s'assurer qu'ils respectent le droit de certaines personnes autorisées à utiliser une marque dont elles ne sont pas titulaires? Quelle attitude vont-ils adopter lorsque plusieurs personnes sont titulaires d'une marque identique? Ou lorsque la marque correspond à un nom commun? À l'instar de ce qui a été dit concernant le contrôle du contenu des sites référencés, un délicat équilibre doit être trouvé pour que les fournisseurs d'outil de recherche sanctionnent les abus flagrants sans pour autant agir en juge du droit des marques.

D. *Le référencement face au droit de la concurrence*⁽⁷¹⁾

Le référencement est aujourd'hui devenu un des enjeux économiques majeurs de l'Internet. Comme le relevait déjà l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (O.M.P.I.) dans un rapport de 1999, les mots clés risquent bien d'entraîner la même ruée vers l'or que les noms de domaine⁽⁷²⁾.

Même s'il existe de très nombreux outils de recherche généraux ou spécialisés, le marché est essentiellement de style oligopolistique, fortement concentré entre les mains de quelques grands acteurs. Une récente étude montre que plus de 97 % des recherches lancées sur le web français le sont par le biais des six outils de recherche majeurs (Google, Yahoo!, Wanadoo/Voilà, Msn, AOL et Free). Et qu'à lui seul, Google comptabilise près de 74 % des visites effectuées⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Landgericht Munich, 12 déc. 2003, Az. 33 0 21461/03, *X v. Google*, inédite, voy., F. HOFER, « Legal problems of search engine marketing », avril 2004, p. 10, disponible sur <http://www.hlrlaw.it>.

⁽⁷¹⁾ Sous ce titre, certains auteurs traitent également des problèmes posés par certaines pratiques des outils de recherche qui peuvent être qualifiées de parasitisme, de pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciales ou de concurrence déloyale. Nous n'avons pas ici la place d'aborder ces questions et nous renvoyons notamment le lecteur à : A. STROWEL et N. IDE, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens », II^e partie, « La responsabilité en matière d'hyperliens », *R.I.D.A.*, 2000, n° 186, pp. 93-99; Ch. CARON, « Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale », note sous Trib. comm. Paris, 26 déc. 2000, *Communication - Commerce électronique*, mars 2001, p. 21; Th. VERBIEST, « Responsabilité des fournisseurs d'hyperliens et de moteurs de recherche : derniers développements », 18 août 2003, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>; M.-I. CAHEN et O. ANDRIEU, « La responsabilité des outils de recherche », 5 sept. 2003, disponible sur <http://www.juristic.net>.

⁽⁷²⁾ O.M.P.I., « La gestion des noms et adresses de l'Internet : questions de propriété intellectuelle », *Rapport final concernant le processus de consultation de l'O.M.P.I. sur les noms de domaines de l'Internet*, 30 avril 1999, p. 122, disponible sur <http://www.wipo2.wipo.int>.

⁽⁷³⁾ Panorama mensuel Médiamétrie-eStat, « Classement des moteurs de recherche et annuaires », août 2004, disponible sur <http://www.estat.com>.

Pourtant, même les moteurs de recherche les plus puissants, tels que Google, couvrent moins de 20 % des pages web existantes. Le reste, souvent d'une qualité assez élevée, est appelé, de manière parlante, le « web invisible ».

Les grands outils de recherche ont donc un pouvoir énorme et souvent méconnu, celui de décider de rendre une page visible sur le web et donc accessible aux internautes ou de la faire oublier de presque tous.

Concernant le référencement payant, les pratiques et les procédures permettant d'obtenir des mots clés et le mode de fonctionnement des systèmes utilisant ces mots clés sont encore relativement peu connus et mériteraient certainement plus de transparence. Ces mécanismes soulèvent aussi de nombreuses interrogations quant à leur compatibilité avec les règles de concurrence, particulièrement en termes d'ententes illicites et d'abus de position dominante (articles 81 et 82 du Traité C.E.).

Le référencement payant et la vente des mots clés sont, en effet, susceptibles d'aboutir à des situations anticoncurrentielles, dans la mesure où l'appropriation de mots clés par certaines entreprises sur plusieurs outils de recherche majeurs peut empêcher les acteurs du même secteur d'être visibles sur le net et, par là, les exclure presque totalement de ce marché.

Le Conseil français de la concurrence, dans une décision de juin 2000, a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la compatibilité du positionnement payant avec les règles du droit de la concurrence. Il considéra qu'en l'état actuel, « la fonction d'annuaire ou de moteur de recherche sur Internet ne peut être tenue pour indispensable à la rencontre entre la demande émanant du consommateur et l'offre de produits et services vendus sur Internet »⁽⁷⁴⁾. Le Conseil motivait cet avis en

précisant que, sur le marché français, la recherche d'informations sur Internet est également possible par d'autres voies que les outils de recherche en ligne (notamment l'accès direct facilité par la multiplication de la presse spécialisée). Il concluait donc qu'aucun raisonnement de concurrence ne justifierait que les outils de recherche soient tenus à une obligation d'exhaustivité ou d'objectivité quant à l'information répertoriée et l'ordre dans lequel celle-ci apparaît. Le Conseil n'excluait cependant pas que, suivant le contexte, un accord établi entre un moteur de recherche et des sites marchands en vue d'un référencement prioritaire ou exclusif par la réservation de mots clés soit jugé anticoncurrentiel.

Cette position du Conseil montre aussi qu'*a contrario*, si l'apparition parmi les résultats des outils de recherche devenait une nécessité pour accéder à un marché, en exclure totalement un opérateur serait une entrave à la concurrence. Or, vu la croissance exponentielle du volume de données mise en ligne, nombreux sont ceux à franchir ce pas en considérant que l'utilisation des outils de recherche est aujourd'hui devenue pratiquement essentielle pour accéder aux informations en ligne.

Certains n'hésitent d'ailleurs pas à proposer l'application de la théorie des « facilités essentielles » au secteur des outils de recherche⁽⁷⁵⁾. Cette théorie stipule notamment que lorsqu'une entreprise détient un monopole sur la fourniture d'un type d'infrastructure et que l'accès à ces infrastructures est indispensable pour pénétrer sur un marché en aval, cet accès doit être donné de manière non discriminatoire aux différents acteurs du marché en question⁽⁷⁶⁾. En termes de référencement, cette théorie signifierait que l'indexation au sein des outils de recherche majeurs étant devenue essentielle pour pouvoir survivre sur un marché *online*, cette indexation doit être of-

⁽⁷⁴⁾ Conseil français de la concurrence, décision n° 00-D-32 du 9 juin 2000 relative à une saisine au fond et une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence, disponible sur <http://www.conseil-concurrence.fr>.

⁽⁷⁵⁾ Voy. notamment, J. André, « Le positionnement payant : une pratique admissible mais encadrée », partie I, 26 déc. 2002, disponible sur <http://abc-netmarketing.com>.

⁽⁷⁶⁾ Sur la théorie des facilités essentielles, voy. notamment, B. DOHERTY, « Just what are essential facilities? », *C.M.L. Rev.*, 2001, pp. 397 et s.; A. B. LIPSKY & J. G. SIDAK, « Essential facilities », *Stanford Law Review*, May 1999, pp. 1188 et s.; E. VÉGIS, « La théorie des "essential facilities" : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence? », *R.D.C.*, 1999, pp. 4-21.

ferte de manière non discriminatoire aux différents acteurs du même marché.

Pourtant, vu les conditions d'application extrêmement strictes de cette théorie, qui n'a vocation à s'appliquer que de manière exceptionnelle⁽⁷⁷⁾, il nous semble difficilement possible de l'envisager concernant le secteur du référencement. En effet, le marché des outils de recherche n'est pas de style monopolistique mais bien oligopolistique. De plus, si les outils de recherche sont devenus la première source de trafic sur le net, d'autres sources de trafic existent et sont susceptibles d'offrir une visibilité sur le réseau. L'infrastructure des outils de recherche peut donc, selon nous, difficilement être considérée comme «essentielle», au sens de cette théorie, à l'accès au marché en aval.

Conclusion

Privé des outils de recherche, l'Internet ne serait sans doute «qu'une sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole. Autrement dit : rien. Une sorte d'étonnant objet surréaliste où régnerait le hasard»⁽⁷⁸⁾.

En tant qu'éclaireurs du net, les outils de recherche ont acquis le pouvoir énorme de rendre une page visible sur le web et donc accessible de tous ou de la laisser tomber dans les oubliettes de l'univers numérique. Pour-

tant les dessous du référencement, tant le référencement gratuit que les mécanismes de référencement payant, restent encore relativement occultes et ne manquent pas de soulever de délicates questions.

Nous nous sommes attachés à examiner certaines de ces questions : celles de la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche en raison des contenus de sites référencés, au regard du droit des marques, des règles en matière de publicité et du droit de la concurrence. Force est de constater que de nombreuses incertitudes juridiques règnent encore dans cette matière. D'autres questions auraient aussi bien pu retenir notre attention. L'on pense notamment à la concordance des méthodes de référencement avec la protection du droit d'auteur et des bases de données⁽⁷⁹⁾.

La progression exponentielle du marché du référencement et l'énorme succès rencontré par les offres de positionnement payant peut faire craindre l'amplification dans l'avenir des problèmes juridiques évoqués ci-dessus, et la multiplication des litiges dans ce domaine.

De «liaisons dangereuses»⁽⁸⁰⁾ en «mauvaises références»⁽⁸¹⁾, allant même jusqu'à une «guerre des mots clés» annoncée⁽⁸²⁾, les outils de recherche, devenus primordiaux sur Internet, n'ont certainement pas fini d'inquiéter...

⁽⁷⁷⁾ A. DE STREEL et E. VÉGIS, «La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications», *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahier du C.R.I.D., n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 408-410.

⁽⁷⁸⁾ M. VIVANT, «À la recherche des moteurs», *Communication – Commerce électronique*, avril 2001, p. 8.

⁽⁷⁹⁾ Sur ces questions, voy. notamment, Th. VERBIEST, «Entre bonnes et mauvaises références – À propos des outils de recherche sur Internet», *A&M*, 1999/1, pp. 36-44; A. STROWEL et N. IDE, «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens», II^e partie : «La responsabilité en matière d'hyperliens», *R.I.D.A.*, 2000, n° 186, pp. 3-154; S. Dusollier, «Internet et droit d'auteur», 7 mai 2001, pp. 26-29, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>; F. PETILLION et S. HUART, «La responsabilité des intermédiaires dans la violation des droits d'auteurs», in *Droits intellectuels : à la rencontre d'une stratégie pour l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 554-587; M.-I. CAHEN et O. ANDRIEU, «La responsabilité des outils de recherche», 5 sept. 2003, disponible sur <http://www.juristic.net>. Voy. également Forum des droits sur l'Internet, «Hyperliens : statut juridique», recommandation du 3 mars 2003, disponible sur <http://www.foruminternet.org>.

⁽⁸⁰⁾ A. STROWEL, «Liaisons dangereuses et bonnes relations sur Internet – À propos des hyperliens», *A&M*, 1998/4, pp. 296-308.

⁽⁸¹⁾ Th. VERBIEST, «Entre bonnes et mauvaises références. À propos des outils de recherche sur Internet», *A&M*, 1999/1, pp. 34-49.

⁽⁸²⁾ S. PIRLOT DE CORBION, note sous T.G.I. Nanterre, 2^e ch., 13 octobre 2003, *R.D.T.I.*, n° 18, 2004, p. 128.