



Journal des tribunaux

17 février 2001
120^e année - N° 6000

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

7 ISSN 0021-812X

EDITORIAL

Le 4 juin 1977, le *J.T.* publiait son 5000^e numéro. C'était un numéro qui ne contenait ni doctrine, ni jurisprudence. Le rédacteur en chef de l'époque, Jean Dal, indiquait dans son éditorial qu'il avait apparu opportun au comité de rédaction «de faire du cinq millièmè numéro du *J.T.*, une petite musique de jour, un rien farfelue, drôle si ses séquences ne sont pas trop indignes de ce propos ». Il annonçait déjà en même temps que «les grandes orgues » retentiraient en 1982 pour la célébration du centenaire du *J.T.*, ce qui fut le cas puisque nous avons publié à cette occasion un numéro de 168 pages. Malheureusement Jean Dal n'était plus là pour assister à la séance académique qui eut lieu à cette occasion en présence du roi Baudouin au Palais de justice de Bruxelles.

Si le cinq millièmè numéro fut un numéro dominé par l'humour, tout en musique légère, nous avons choisi pour le numéro 6000 de nous tourner vers l'avenir en le consacrant entièrement aux aspects juridiques des nouvelles technologies.

Certes, on peut avoir des opinions différentes au sujet d'Internet et certains moins doués que les autres s'énervent parfois lorsqu'ils ne trouvent pas sur certains sites juridiques ce qu'ils y cherchent.

L'*e-mail* est un outil sans doute merveilleux par sa rapidité pour ceux qui ont des doigts agiles sur le clavier, mais certains se demandent aussi pourquoi tout doit aller plus vite aujourd'hui qu'hier. Et n'est-il pas souvent plus agréable d'analyser un arrêt de la Cour de cassation en le lisant sur le papier plutôt que sur un écran?

Mais notre objectif n'est pas de porter un jugement de valeur sur les nouvelles technologies. Celles-ci existent; elles suscitent des problèmes juridiques qui ne peuvent laisser indifférent. Nous remercions les spécialistes de ce droit en formation qui nous ont apporté leur collaboration dans les dix articles qui suivent, mettant ainsi leur savoir et leurs critiques à la disposition de tous nos lecteurs.

Le *J.T.* désire s'adapter à cette évolution. Dans quelques mois, il pourra être consulté sur Internet.

Le 6000^e numéro n'est qu'une étape dans la vie du *J.T.* qui entre dans sa cent-vingtièmè année au service de ses lecteurs. Le comité de rédaction, avec l'appui de son éditeur De Boeck & Larcier, envisage l'avenir du *J.T.* avec optimisme.

Le rédacteur en chef,
R.O. DALCQ

SOMMAIRE

- Editorial, par R.O. Dalcq 113
- L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique, par D. Gobert et E. Montero 114
- Le paiement sur internet, par J.-P. Buyle 129
- La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet, par A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete 133
- L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité, par A. Cruquenaire 146
- Internet et vie privée : entre risques et espoirs, par Y. Pouillet 155
- La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels, par T. Verbiest et E. Wéry 165
- Réseaux de distribution et commerce électronique, par J.-P. Triaille et M. Troncoso Ferrer 173
- La brevetabilité des méthodes commerciales liées à Internet, par B. Michaux 179
- e-Business : aspects juridiques, par D. Kaesmacher et P. Verplancke .. 183
- Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire, par M. Pertegás Sender 191
- Chronique judiciaire, par M. Mahieu .. 196

2 0 0 1

113

Pour marquer l'événement, les éditions Larcier, ont mis ce numéro 6000, en ligne à l'adresse : www.larcier.be/jt6000.

LA RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS DE SERVICES INTERNET :

DERNIERS DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS

Les intermédiaires du réseau sont depuis longtemps au centre des questions de responsabilité liées à l'internet, souvent pour une question de simple opportunité : devant la difficulté d'identifier et de mettre la main sur l'auteur d'un acte litigieux, il est tentant de se retourner contre une personne géographiquement plus proche et souvent solvable.

La jurisprudence a toujours été hésitante. L'appréciation souveraine du juge a parfois amené des solutions contradictoires d'un pays à l'autre, quand ce n'est pas d'un magistrat à l'autre. C'est dire l'incertitude qui pèse sur ces nouveaux métiers. Pourtant, sans intermédiaire, point de réseau!

Cette évidence a amené le législateur européen à se saisir de la question et à fixer lui-même un cadre juridique dans la directive sur le commerce électronique. L'étude passe en revue les derniers développements jurisprudentiels et les évalue au regard de la directive.



Facteur incontestable de progrès, l'internet est également devenu, comme chacun sait, le vecteur sans frontière de nombreuses illégalités et abus (pornographie enfantine, haine raciale, diffamation, atteintes au droit d'auteur, etc.).

Les premiers responsables demeurent bien entendu les auteurs de ces diffusions dommageables ou illicites, qu'elles aient lieu par exemple dans un forum de discussion, sur un site web, voire par courrier électronique. Toutefois, les poursuites contre l'auteur d'un message répréhensible peuvent s'avérer totalement illusoirs ou inefficaces, soit parce qu'il est impossible de l'identifier ou de l'appréhender dans un pays lointain, soit parce qu'il est manifestement insolvable. C'est dans ce contexte que des actions ont été intentées dans plusieurs pays contre certains fournisseurs de services internet, en particulier des fournisseurs d'accès et d'hébergement, généralement plus proches du plaignant, et plus solvables (1).

Confrontés à la difficulté d'appréhender correctement le rôle technique tenu par ces intermédiaires, leur implication exacte dans la chaîne de responsabilité, et les diligences attendues d'eux, les tribunaux saisis ont statué en des sens parfois diamétralement opposés.

Consciente du problème, la Commission européenne a décidé d'inclure dans sa proposition de directive sur le commerce électronique une section 4 relative à la responsabilité des intermédiaires, à l'image du « Digital Millennium Copyright Act » (2), promulgué le 21 octobre

(1) Pour un aperçu de la première jurisprudence, surtout américaine, voy. E. Wéry, « Internet hors-la-loi? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau », *J.T.*, 1997, pp. 425 et s.

(2) Le « Digital Millennium Copyright Act » contient un chapitre (« Limitations on Liability for Copyright Infringement ») consacré à la responsabilité des intermédiaires, mais limitée aux questions de contrefaçon de *copyright*. Pour les commentaires de la loi, voy. A.P. Lutzker et S. Lutzker, « The Digital Millennium Copyright Act », *A.L.A.*, 18 nov. 1998, disponible sur : <http://www.ala.org/washoff/osp.html>.



1998 par le Congrès américain, dont elle s'est directement inspirée, et de la loi allemande relative aux « téléservices » (*Teledienstgesetz*) entrée en vigueur le 1^{er} août 1997 (3).

La directive sur le commerce électronique, adoptée le 8 juin 2000 (4) fait l'objet d'une contribution séparée au présent numéro. Nous ne reviendrons donc pas sur le régime d'exonération de responsabilité institué par les articles 12 à 15 de la directive au profit de certains intermédiaires techniques du réseau, à savoir les fournisseurs d'infrastructure, d'accès, de services de *caching*, et d'hébergement (5).

Notre propos sera, dans un premier temps, de faire le point sur la dernière jurisprudence européenne relative à la responsabilité des fournisseurs d'hébergement, dans la mesure où il s'agit sans conteste de la question qui a le plus défrayé la chronique ces derniers mois (6). Nous nous interrogerons ensuite sur la responsabilité d'autres fournisseurs de services internet non visés par la directive, et pourtant tout aussi essentiels au bon fonctionnement du réseau, à savoir les fournisseurs de liens hypertextes et d'outils de recherche.

LES FOURNISSEURS D'HÉBERGEMENT

A. — Les Pays-Bas

Dans une décision du 9 juin 1999, le tribunal d'arrondissement de La Haye a jugé qu'un fournisseur d'hébergement (XS4all) échappait à tou-

(3) Pour un commentaire de cette loi : Th. Hoeren, « Liability in the Internet and the new German multimedia law regulations », *A&M*, déc. 1998, p. 309.

(4) Publiée au *J.O.C.E.*, 17 juill. 2000 (L. 178/1). Pour une analyse de la directive, voy. Th. Verbiest, « La directive européenne sur le commerce électronique », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 128, août-sept. 2000, pp. 2 et s.

(5) Pour une analyse approfondie de ces dispositions de la directive, voy. également, Th. Verbiest et E. Wéry, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n°s 396 et s.

(6) Il est à noter que la France a déjà en partie transposé la directive européenne sur ce point (loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, n° 177, 2 août 2000). Pour une analyse de cette loi : Th. Verbiest et E. Wéry, *op. cit.*, n°s 422 et s.

te responsabilité à condition qu'il bloque l'accès à l'information illicite stockée sur son serveur et émanant de l'un de ses abonnés dès qu'il est mis au courant de l'existence de cette information et dès lors qu'il ne peut raisonnablement douter du bien-fondé ou de l'exactitude de la notification qui lui est adressée (en l'occurrence une mise en demeure émanant d'un ayant droit qui prétendait que l'une de ses œuvres avait été reproduite illégalement sur la page d'accueil d'un site hébergé).

En outre, le tribunal a mis à charge de l'hébergeur l'obligation de révéler l'identité de la personne ayant placé l'information illicite dans les trois jours de la demande qui lui en est faite par l'ayant droit (7).

B. — Belgique

Le tribunal de commerce de Bruxelles a rendu le 2 novembre 1999 un jugement qui s'inscrit dans la droite ligne de la décision néerlandaise précitée. Dans le cadre d'une action en cessation commerciale (pratiques du commerce), la société Belgacom Skynet était poursuivie, en tant qu'hébergeur, par l'I.F.P.I. et la société Polygram Records pour avoir hébergé des sites qui contenaient des liens hypertextes renvoyant à des sites de téléchargement MP3 « notoirement pirates » et situés sur des serveurs étrangers à Skynet. Cette dernière avait été préalablement mise en demeure par les demanderesse de supprimer les liens litigieux, mais en vain.

Le tribunal considère que la société Belgacom Skynet est responsable lorsqu'elle ne supprime pas les liens litigieux « alors qu'elle a été mise au courant d'activités suspectes ».

2001

166

S'agissant de l'exactitude de la notification que les demanderesse lui ont adressée, le tribunal estime qu'elle ne peut être raisonnablement mise en doute dès lors que les liens litigieux renvoient à des sites pirates notoirement connus. Le tribunal condamne en conséquence Belgacom Skynet à supprimer les liens « précis qui ont été portés à sa connaissance et pour lesquels elle ne reçoit aucune preuve de légalité de la part de ses clients » (8). L'affaire est pendante en appel (9).

C. — La France

Les hostilités ont commencé avec l'affaire *Estelle Hallyday c. Lacambre*. Par arrêt du 10 février 1999, la cour d'appel de Paris, statuant en référé, a condamné un hébergeur français (altern.org) à 300.000 FRF de dommages et intérêts provisionnels pour avoir accepté d'héberger de manière anonyme un site qui avait publié en ligne des photos montrant le mannequin Hallyday dénudée (10). Toutefois, en termes de responsabilité du fait du contenu des sites stockés par l'hébergeur, les enseignements de cet arrêt étaient relativement limités dans la mesure où l'anonymat du site hébergé litigieux avait manifestement été déterminant pour la cour.

Le 8 décembre 1999, le tribunal de grande instance de Nanterre a rendu un jugement retenant de manière plus explicite la responsabilité de qua-

tre fournisseurs d'hébergement, à nouveau dans une affaire qui met en cause des photographies représentant un mannequin dénudé (Lynda Lacoste) (11).

Le tribunal met à charge des fournisseurs trois obligations principales :

— une obligation d'informer les titulaires de sites sur le nécessaire respect des lois et des droits d'autrui, en particulier lors de l'ouverture du compte du client dont le site sera hébergé. Le tribunal précise à cet égard que les hébergeurs n'ont pas l'obligation de révéler l'identité des créateurs de sites litigieux dans la mesure où, d'une part, les hébergeurs se bornent à recueillir leurs déclarations sur ce point sans en vérifier la réalité, se contentant généralement d'une adresse *e-mail* pour ouvrir un compte, et d'autre part, ils sont incapables d'identifier le numéro I.P. de l'ordinateur utilisé pour créer le site litigieux sans passer par un fournisseur d'accès;

— une obligation de vigilance. Même s'il ne lui appartient pas d'exercer une surveillance minutieuse du contenu de tous les sites, l'hébergeur doit prendre des mesures raisonnables pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent, cette apparence devant s'apprecier au regard des compétences propres du fournisseur d'hébergement. En l'espèce, dans la mesure où les professionnels du réseau ont été largement sensibilisés à la problématique de la violation du droit à l'image suite à l'affaire *Estelle Hallyday c. Lacambre*, le tribunal estime que les hébergeurs assignés avaient l'obligation de rechercher les sites susceptibles de porter atteinte à l'image d'autrui par la mise en place d'un moteur de recherche interne basé sur des mots clés évoquant l'univers de la nudité, la beauté, la célébrité et la féminité;

— un devoir d'action : après avoir détecté la présence d'un contenu apparemment illicite, l'hébergeur doit mettre en place une procédure lui permettant de mettre en demeure les auteurs du site litigieux, soit de se conformer à leurs obligations conventionnelles ou légales de respecter les droits des tiers, soit de justifier du caractère licite de données apparemment contrevenantes de leur site, avant de procéder à leur fermeture. Au titre du devoir d'action, et afin de prévenir toute récidive, le tribunal condamne en outre les hébergeurs à mettre en place un processus de recherche approprié permettant de retrouver et de supprimer des sites qu'ils hébergent toutes les photographies représentant la demanderesse, et ce à l'aide de critères reprenant son nom sous sa forme complète ou abrégée.

Le tribunal de grande instance de Nanterre a confirmé sa jurisprudence dans une ordonnance de référé rendue le 31 janvier 2000 (12), condamnant un hébergeur pour avoir omis d'informer les créateurs de sites, lors de l'ouverture de comptes en ligne, du nécessaire respect des droits de propriété intellectuelle.

Le même tribunal a également connu d'une affaire relativement médiatisée opposant l'Union des étudiants juifs de France (U.E.J.F.) à l'hébergeur Multimania Production à qui il était reproché d'avoir hébergé un site « nsdap », étant le sigle du parti national-socialiste ouvrier allemand, ouvertement néo-nazi. Avertie par l'U.E.J.F., Multimania ferma le jour même le site mais se refusa à communiquer l'identité de son abonné. L'U.E.J.F. prétendait en outre que le site aurait été rouvert immédiatement par son créateur pour être à nouveau fermé.

Au titre de l'obligation d'information, le tribunal a confirmé le 24 mai 2000 (13) que l'hébergeur n'a pas l'obligation de s'assurer de l'identité

(7) Trib. Arr. La Haye, 9 juin 1999, *Computerrecht*, 1999/4, p. 200, note P.B. Hugenholtz, *I.E.R.*, 1999, p. 205, note D. Visser, décision disponible sur <http://www.xs4all.nl/~kspaink/cos/verd2eng.html>

(8) Sophie Malengreau, « Responsabilité de l'hébergeur : un fournisseur condamné en Belgique », actualisé au 6 février 2000, www.droit-technologie.org, avec reproduction *in extenso* de la décision.

(9) Voy. également, les affaires commentées par A. Strowel, « La responsabilité des fournisseurs de services en ligne : développements récents », in *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (éd.), Bruxelles, p. 265. Toutefois, l'on ne peut tirer que de maigres enseignements de ces décisions, pour la plupart rendues en référé et motivées de manière fort sommaire.

(10) Paris, 10 févr. 1999, *Expertises*, avril 1999, n° 225, p. 105, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

(11) Trib. gde inst. Nanterre, 8 déc. 1999, *Gaz. Pal.*, jur., 11-12 févr. 2000, p. 2, note Hubert Bitan; *Légipresse*, mars 2000, 169-III-40, note Basile Ader; *J.C.P.*, 2000, éd. G, II, 10279, note Eric Barbry et Frédérique Olivier; *Expertises*, avril 2000, p. 114; *Comm. comm. élect.*, mars 2000, p. 29, note Agathe Lepage; *J.C.P.*, 2000, éd. E, jur., p. 657, note Marie-Anne Gallot-Le Lorier et Vincent Varet. Décision disponible sur : <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

(12) Trib. gde inst. Nanterre, réf., 31 janv. 2000, *Com. com. élect.*, juin 2000, n° 6, p. 19, également disponible sur <http://www.legalis.net/jnet/index.htm>

(13) Trib. gde inst. Nanterre, 1^{re} ch., 24 mai 2000, disponible sur <http://www.juriscom.net/>

de l'éditeur du site lors de l'ouverture du compte auprès de lui. Toutefois, le tribunal ajoute que l'hébergeur doit assurer la charge d'une procédure judiciaire en référé auprès du fournisseur d'accès compétent afin de connaître l'identité de l'éditeur du site litigieux lorsque des tiers sont apparemment lésés.

En ce qui concerne l'obligation de vigilance, le tribunal confirme le principe dégagé dans l'affaire *Lacoste*, mais estime qu'en l'espèce le site illicite n'aurait pu être raisonnablement détecté par l'emploi d'un moteur de recherche interne basé sur des mots clés évoquant l'idéologie nazie : une telle recherche débouche en effet sur un répertoire de plus de 12.000 pages dont la plus grande majorité est soit d'inspiration historique, soit inspirée par la lutte antiraciste. En réalité, seule une recherche sur la base du mot clé « nsdap » aurait permis la découverte du site litigieux. Le tribunal considère toutefois que le choix de ce mot clé dépend d'une culture spécialisée qu'un fournisseur d'hébergement normalement avisé ne doit pas nécessairement connaître.

Quant au devoir d'action, le tribunal dégage également l'hébergeur de toute responsabilité dans la mesure où il a agi immédiatement pour fermer le site litigieux dès qu'il en a eu connaissance et dans la mesure où il n'est pas établi que celui-ci a ensuite été rouvert (la prétendue réapparition du site pouvant être due à son enregistrement dans la mémoire cachée du navigateur utilisé par l'U.E.J.F. ou sur le serveur *proxy* de son fournisseur d'accès). Le tribunal ne condamne toutefois pas l'hébergeur à rechercher sur son serveur, au moyen d'un moteur de recherche, la présence d'autres sites « nsdap ».

La jurisprudence du tribunal de grande instance de Nanterre a été soumise à la critique de la cour d'appel de Versailles à l'occasion de l'affaire *Lynda Lacoste* précitée.

Par arrêt du 8 juin 2000 (14), la cour a confirmé l'existence d'obligations d'information, de vigilance et d'action à charge de l'hébergeur, en leur apportant toutefois certains correctifs. La cour considère tout d'abord que les obligations incombant à l'hébergeur sont des obligations de moyens qui n'impliquent pas « l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés », mais qui doivent « néanmoins se traduire, au stade de la formation du contrat avec le client-créateur de site, par des mesures préventives telles la prohibition de l'anonymat ou de la non-identification, l'adhésion à une charte de comportement ou tout autre procédé incitatif au respect des textes et des droits des personnes, et, au stade de l'exécution du contrat, par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation ».

S'agissant de la nature de ces diligences appropriées, la cour précise qu'« indépendamment des cas où elle en est requise par l'autorité publique ou sur décision judiciaire, de telles diligences doivent être spontanément envisagées par la société prestataire d'hébergement lorsqu'elle a connaissance ou est informée de l'illégalité, de l'illicéité ou du caractère dommageable du contenu d'un site ou lorsque les circonstances ou modalités de la réalisation, de l'évolution ou de la consultation d'un site, auxquelles elle doit veiller par des outils, méthodes ou procédures techniques d'analyse, d'observation et de recherche, la mettent en mesure d'en suspecter le contenu; que, dans ces hypothèses, ces diligences ne trouvent, sous le contrôle du juge, d'autres limites que l'incompétence ou l'abus de droit de l'hébergeur à apprécier l'illégalité, l'illicéité ou le caractère dommageable du contenu litigieux ».

La cour réforme la décision du premier juge en ce qui concerne l'un des hébergeurs condamnés (*Multimania*) au motif que celui-ci s'est conformé en l'espèce à toutes les obligations précitées. En particulier, la cour constate que *Multimania* a mis « en place, dans le cadre de l'exercice de son activité, des outils d'analyse statistiques des sites les plus consultés ou des transferts de fichiers volumineux ainsi que des procédés raison-

nables de détection de contenus illégaux ou illicites », et que « dans ces conditions, indépendamment des difficultés techniques actuelles relatives au contrôle des fichiers d'images, il ne peut lui être reproché, en tant qu'hébergeur grand public, de n'avoir pas procédé spontanément au contrôle du contenu du site litigieux qui a pu, en l'occurrence, légitimement lui rester inconnu, dès lors qu'elle ne saurait être investie, sans risque pour la liberté d'expression, de communication ou de création, d'une mission qui la conduirait à s'ingérer systématiquement dans les rapports de droit entre les particuliers, étant encore ajouté que le repérage du site *Frenchcelebs* (célébrités françaises), dont l'intitulé n'évoque pas nécessairement un contenu illégal ou illicite, contenant deux photos de Mme Lynda Lacoste totalement ou partiellement dévêtue, ne lui aurait pas pour autant fait apparaître que l'éditeur était manifestement sans droit quant à l'exploitation des dites photos ».

Le tribunal de grande instance de Paris s'est également inscrit dans cette jurisprudence à l'occasion de l'affaire *Cyberpress c. Skynet*, jugée en référé le 22 mars 2000 (15).

Toutefois, d'autres tribunaux ont été moins sévères dans l'appréciation de la responsabilité de l'hébergeur.

Dans un jugement du 7 mai 1999 (16), le tribunal de commerce de Paris a mis hors cause un hébergeur, au motif « qu'il n'est pas contesté que le rôle de Maxotex se soit limité à l'hébergement; qu'aucune disposition n'impose à l'hébergeur de vérifier le contenu des informations dont il permet la circulation; que prévenue de la survenance d'un litige, Maxotex a agi promptement en fermant le site "Le Livre en Ligne" à titre conservatoire ».

Le 24 mars 2000, le tribunal de grande instance de Paris a condamné un hébergeur pour avoir hébergé un site consacré au sadomasochisme portant préjudice aux ayants droit du personnage de dessin animé Calimero. Le tribunal retint la responsabilité de l'hébergeur pour le motif, particulier au cas d'espèce, que l'hébergeur ne pouvait pas ignorer que le nom de domaine, exclusivement constitué de la reproduction servile d'une marque renommée, était contrefaisant. Cette décision est intéressante en ce que le tribunal prit soin de préciser qu'il ne peut reposer sur le prestataire « une présomption de connaissance du contenu des sites qu'il héberge » (17).

Dans son arrêt du 22 juin 2000 (18), la cour d'appel de Lyon a considéré que « la société Jet Télématique, devenue Jet On Line, est un centre serveur qui héberge les services télématiques et produit la logistique nécessaire à leur fonctionnement; que le contrat d'hébergement prévoit en son article 5 que les informations sont diffusées par Le Serveur administratif sous sa seule responsabilité; qu'en outre, les Editions législatives n'établissent aucune action particulière de la société Jet Télématique susceptible d'avoir contribué à la contrefaçon ou à la concurrence déloyale et parasitaire, ou de lui avoir causé un préjudice; que la responsabilité de Jet On Line ne peut être retenue ».

(15) Trib. gde inst. Paris, 22 mars 2000, non publiée (*Cyber press Publishing c. Skynet*), décision citée et commentée par A. Strowel, et N. Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet » (première partie), *R.I.D.A.*, juill. 2000, n° 185, p. 142, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique « dossiers ». Dans une affaire de contrefaçon liée à la reproduction de pages issues d'une revue consacrée aux jeux vidéo, l'hébergeur Skynet, qui n'avait reçu ni mise en demeure ni réclamation par courrier électronique avant l'assignation, a été mis hors cause au motif qu'il avait, « mis en œuvre les moyens de nature à permettre la suspension de l'accès au site litigieux, remplissant ainsi son obligation de veiller au respect par ses hébergés des règles déontologiques régissant le web, des lois et règlements et surtout des droits des tiers et de mettre en œuvre des mesures de nature à faire cesser le trouble qui a été causé aux tiers ».

(16) Comm. Paris, 7 mai 1999, décision disponible sur : <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

(17) Trib. gde inst. Paris, 24 mars 2000, *Com. com. électr.*, juin 2000, p. 20, également disponible à l'adresse <http://www.chez.com/lthoumyrel/jursfr/dau-teur.htm#calimero>

(18) Lyon, 22 juin 2000, disponible sur www.legalis.net/jnet

(14) Versailles, 8 juin 2000, *Com. com. électr.*, juill.-août 2000, p. 31, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

D. — Analyse critique de la jurisprudence au regard du régime de la directive européenne sur le commerce électronique

Si l'on confronte le régime de la directive sur le commerce électronique (art. 14 et 15) (19) à la jurisprudence commentée plus haut, il s'impose de constater que la directive ne précise pas à partir de quand et selon quelles modalités un fournisseur d'hébergement est censé avoir une connaissance suffisante de l'existence d'activités illicites sur son serveur pour voir sa responsabilité engagée.

Une simple notification d'un tiers (par ex. la prétendue victime) suffit-elle? Faut-il au contraire une réquisition formelle des autorités judiciaires? En outre, quand peut-on affirmer qu'une activité ou une information illicite est « apparente »? Si on peut affirmer qu'un site à contenu pédophile ne posera généralement aucun problème d'appréciation, il n'en ira pas de même dans d'autres matières, par exemple en cas de violation alléguée d'un droit de propriété intellectuelle, d'un droit à l'image ou en cas de propos diffamatoires. L'hébergeur n'est que rarement compétent pour apprécier avec certitude les droits en présence et le bien-fondé des allégations de la personne se prétendant lésée.

Les deux décisions belge et néerlandaise précitées ont jugé à cet égard que l'hébergeur devait obtempérer à la notification de la victime s'il ne pouvait raisonnablement douter de son exactitude, le juge belge ajoutant que, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, il appartenait à l'hébergeur d'obtenir des responsables des sites « suspects » la preuve de la licéité de leur contenu musical téléchargeable. Un renversement de la charge de la preuve, en somme...

2 0 0 1 Aux Etats-Unis, confrontée à la prétendue contrefaçon d'un ouvrage sur l'internet, la *District Court* de Californie du Nord a jugé en sens contraire, considérant qu'il appartenait au demandeur de produire la documentation nécessaire pour démontrer la vraisemblance de la contrefaçon (20).

168

Ces divergences jurisprudentielles démontrent la nécessité impérieuse qu'il y a de prévoir, dans une loi ou au moins dans des codes de conduite, des procédures précises de notification, de retrait et le cas échéant de restauration des pages web hébergées litigieuses. Les articles 14-3 et 17-1 (21), ainsi que le considérant 40 (22), de la directive invitent d'ailleurs les Etats membres à aller dans ce sens, tandis que l'article 21-2 de la directive oblige la Commission européenne à présenter au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport, avant le 17 juillet 2003, sur la nécessité notamment de présenter des propositions relatives aux « procédures de notification et de retrait et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu ».

(19) Voy. à cet égard (ci-avant, p. 133), la contribution de A. Strowel et N. Ide, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet ».

(20) *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Comm. Services, Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (ND Cal. 1995); confirmé en appel (voy. 1997 U.S. App. Lexis 15542). Affaire commentée par A. Strowel, « La responsabilité des fournisseurs de services en ligne : développements récents », in *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (éd.), Bruxelles, p. 255.

(21) « Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés ».

(22) « (...) la présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible; il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les Etats membres; il est dans l'intérêt de toutes les parties qui participent à la fourniture de services de la société de l'information d'adopter et d'appliquer de tels mécanismes (...) ».

L'article 21-2 de la directive fait allusion aux procédures de « notice and take down » instituées aux Etats-Unis par le *Digital Millennium Copyright Act*.

Cette loi fédérale organise un régime d'immunité en faveur des fournisseurs de services en ligne, notamment d'hébergement, mais limité aux actes de contrefaçon, et ce moyennant le respect d'une série de conditions et de procédures. Pour bénéficier de ce régime exonérateur, le fournisseur d'hébergement doit se conformer notamment aux procédures suivantes :

— procédure de « notice and take down ». Si le titulaire d'un *copyright* a des raisons légitimes de croire qu'un site est contrefaisant et qu'il en fait part au fournisseur, ou si le fournisseur apprend, d'une autre manière, l'existence d'un tel site, le fournisseur doit faire toute diligence pour retirer le contenu contrefaisant ou supprimer l'accès au site, sous peine d'engager sa responsabilité. Dans le cadre de cette procédure, le fournisseur doit désigner un agent pour réceptionner les notices, et placer une *hot-line* sur son site à cet effet, porter à la connaissance de l'U.S. Copyright Office l'identité de l'agent, et vérifier que les notifications reçues répondent à une série de conditions de forme (informations suffisantes pour identifier les œuvres protégées litigieuses, références précises des adresses U.R.L. où se trouvent l'œuvre et ses prétendues contrefaçons, déclaration sur l'honneur du prétendu titulaire du *copyright* qu'il n'existe aucune justification légale pour l'exploitation de son œuvre par le tiers en cause...);

— procédure de « notice and put back » : si l'opérateur du site prétendument contrefaisant, averti par le fournisseur, adresse une *counter notice*, affirmant sur l'honneur que l'usage des œuvres litigieuses est légal, le fournisseur doit, dans les meilleurs délais, notifier au titulaire du *copyright* la *counter notice* et, dans les quatorze jours ouvrables, réactiver le site, à moins que l'affaire n'ait été portée en justice dans l'intervalle. La *counter notice* doit également contenir une série de mentions formelles, dont l'engagement de l'opérateur du site de se soumettre le cas échéant à une procédure juridictionnelle ou, s'il est établi à l'étranger, à un « organisme judiciaire approprié ».

Il est intéressant de relever que, dans l'affaire *Lacoste* précitée, le tribunal de grande instance de Nanterre semble avoir érigé pareilles procédures au rang d'obligation positive à charge de l'hébergeur puisqu'il reproche au fournisseur d'avoir omis « de mettre en demeure les auteurs du site litigieux, soit de se conformer à leurs obligations conventionnelles ou légales de respecter les droits des tiers, soit de justifier du caractère licite de données apparemment contrevenantes de leur site, avant de procéder à leur fermeture ».

Selon l'article 15-1 de la directive, les hébergeurs ne peuvent être astreints à une obligation générale de contrôle. Par conséquent, la jurisprudence française naissante qui tend à imposer aux hébergeurs une obligation de veille des sites hébergés devrait être jugée contraire au prescrit de la directive.

En revanche, le considérant 47 de la directive (23) n'exclut pas qu'un tribunal puisse mettre à charge d'un hébergeur une « obligation de surveillance applicable à un cas spécifique ». Ainsi, dans la mesure où sa loi nationale le permettrait, une juridiction devrait pouvoir imposer à un hébergeur des mesures précises et raisonnables tendant à prévenir la récidive.

Le considérant 48 de la directive précise que les Etats membres peuvent exiger des hébergeurs « qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce, afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites ». Cette faculté, sans aller jusqu'à autoriser des mesures de

(23) « (47) l'interdiction pour les Etats membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général; elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ».

surveillance générale, devrait pouvoir justifier notamment l'obligation d'information des abonnés mise à charge des hébergeurs par le tribunal de grande instance de Nanterre et la cour d'appel de Versailles dans l'affaire *Lacoste* (24). Toutefois, la directive semble exiger que de telles obligations soient définies par la loi et non laissées à l'appréciation des tribunaux, par exemple sur le fondement de la responsabilité civile (art. 1382, C. civ.).

Dans son arrêt du 8 juin 2000, la cour d'appel de Versailles a estimé que l'hébergeur méconnaissait son obligation de vigilance s'il permettait « l'anonymat ou la non-identification » de ses clients. Dans l'affaire *Estelle Hallyday c. Lacambre*, la cour d'appel de Paris a également retenu l'anonymat du responsable du site litigieux comme source de responsabilité dans le chef de l'hébergeur (25).

Un auteur considère à cet égard que le fournisseur d'hébergement qui accepterait d'abriter des sites anonymes excéderait « le rôle technique de fourniture d'un service de stockage d'informations », dans la mesure où il entrerait « dans une logique de production ou d'édition de contenu ». Dès lors, il ne pourrait bénéficier de l'exonération prévue à l'article 14 et se trouverait soumis au droit commun (26).

Nous ne percevons pas en quoi l'éventuel anonymat des hébergés affecterait la définition de la fonction d'hébergement visée à l'article 14-1.

En outre, il peut être tiré de l'article 15-2 un argument *a contrario*. Dans la mesure où cette disposition autorise les Etats membres à instaurer une obligation pour les hébergeurs de communiquer aux autorités compétentes, qui en font la demande, les informations permettant d'identifier leurs clients (27), il faut en déduire que le législateur européen n'a pas entendu réserver le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 14 aux seuls hébergeurs assurant l'identification de leurs clients. Ainsi, l'anonymat pourra être source de responsabilité autonome dès lors qu'un Etat membre, usant de la faculté qui lui reconnaît l'article 15-2, oblige les hébergeurs à identifier leurs clients. En dehors de cette hypothèse, il faut admettre que le fournisseur d'hébergement continue à bénéficier du régime exonératoire de la directive même s'il n'assure pas l'identification des responsables des sites hébergés. Cette analyse est également confortée par le fait que la Commission et le Conseil ont rejeté un amendement proposé par le Parlement européen en première lecture et visant à instaurer l'obligation pour les prestataires

(24) Il est à noter que le Parlement avait proposé en première lecture d'ajouter, dans un nouvel article 14-1, *bter*, une condition supplémentaire pour que l'hébergeur puisse revendiquer le bénéfice du régime exonératoire : il devait justifier « (...) du respect des obligations mises à sa charge quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter les dispositions légales, notamment relatives aux contenus illicites, aux droits de la personnalité, au droit d'auteur, et autres droits de propriété intellectuelle ». Résolution du Parlement du 6 mai 1999 adoptant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (COM[98]0586 - C4-0020/99 - 98/0325[COD]).

(25) Paris, 10 févr. 1999, *Expertises*, avril 1999, n° 225, p. 105, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence : « (...) considérant qu'en offrant, comme en l'espèce, d'héberger et en hébergeant de façon anonyme, sur le site *altern.org* qu'il a créé et qu'il gère, toute personne qui, sous quelque dénomination que ce soit, en fait la demande aux fins de mise à disposition du public ou de catégories de publics, de signes ou de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, Valentin Lacambre excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend, est rémunératrice et revêt une ampleur que lui-même revendique ».

(26) E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité*, juin 2000, n° 5, p. 114.

(27) Une telle procédure existe dans le *Digital Millennium Copyright Act* : le titulaire du droit d'auteur peut demander au greffe d'un tribunal de district une mesure (*subpoena*) obligeant le fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de l'abonné ou du client (art. 512, h).

intermédiaires de se conformer aux standards industriels adoptés pour l'identification (28).

Il nous paraît néanmoins que l'anonymat pourra constituer un élément d'appréciation de la responsabilité d'un hébergeur, au titre du critère de la « connaissance effective », lorsqu'il est requis par un tiers de retirer une information prétendument illicite et qu'il lui appartient de prendre attitude par rapport à cette requête. En effet, il est raisonnable de considérer que, dans ce cas, l'hébergeur doit être d'autant plus circonspect que l'information litigieuse provient d'un site anonyme.

LA RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS D'OUTILS DE RECHERCHE

L'on distingue généralement parmi les outils de recherche, ou « instruments de localisation de l'information », les moteurs de recherche des annuaires Internet.

Un moteur de recherche (29) est un logiciel d'exploration, appelé « robot », qui visite en continu les pages web et les indexe de manière automatique dans une base de données, en fonction des mots clés qu'ils contiennent. Lorsqu'une recherche est effectuée sur le site du moteur de recherche par la soumission d'un ou plusieurs mots clés, le site affiche en réponse une série de documents « hypertextualisés ».

Pour chaque document sélectionné, un « score de pertinence » est établi, qui fait intervenir la fréquence d'occurrence des mots significatifs de la requête dans le document, leur proximité entre eux, leur présence dans le titre du document etc.

Les annuaires (également appelés répertoires ou *indexes*) sont des listes de sites disposées selon des catégories et des sous-catégories (30). Chaque site, pour figurer dans la base de données, doit préalablement s'enregistrer par le biais d'un formulaire, indiquant un titre, une courte description et des mots clés relatifs au document. Il ne s'agit donc pas d'une indexation automatique effectuée par un robot, mais d'un référencement humain et « volontaire » sollicité par le titulaire du site lui-même, et traité « manuellement » par l'annuaire (31).

La question de la responsabilité civile et pénale des outils de recherche du fait du contenu illicite ou préjudiciable des sites référencés a été peu étudiée jusqu'à présent (32). Pourtant, après les hébergeurs, il est pro-

(28) Article 15-2*bis* : « Le paragraphe 1^{er} s'applique à condition que, dans le respect du droit communautaire et notamment des directives 95/46/C.E. et 97/66/C.E. du Parlement européen et du Conseil, l'opérateur concerné prenne toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour tenir compte des normes professionnelles reconnues pour l'identification et la protection du matériel transmis et pour ne pas porter atteinte à ces normes ». Résolution du Parlement du 6 mai 1999 adoptant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (COM[98]0586 - C4-0020/99 - 98/0325[COD]). Voy. « U.E. et Commerce électronique : rapport de Christine Oddy », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 115, juin 1999, p. 15.

(29) Le plus connu est www.altavista.com

(30) Le plus connu est Yahoo!. Voy. : <http://www.yahoo.com>, et sa version française : <http://www.yahoo.fr>.

(31) D. Sullivan, « How search engines work? », <http://www.searchenginewatch.com/webmasters/work.html>.

(32) Pour des premières analyses : Th. Verbiest et E. Wéry, *op. cit.*, n°^{OS} 426 et s.; Th. Verbiest, « Entre bonnes et mauvaises références - A propos des outils de recherche sur Internet », *A&M*, mars 1999, p. 34, également disponible sur www.droit-technologie.org (rubrique « dossiers »); Th. Verbiest, « La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et droit belge », *Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, juill. 1999, p. 6; Th. Verbiest, « Liability of search tools, in French and Belgian laws, on the Internet », *Inter-*

bable que cette question alimentera un débat judiciaire houleux dans les années à venir.

Quelques affaires donnent déjà la mesure du contentieux potentiel à cet égard.

Ainsi, le moteur de recherche Alta Vista a-t-il été récemment assigné en référé devant le tribunal de grande instance de Paris en raison de contenus illicites référencés dans sa base de données. Dans une ordonnance du 31 juillet 2000, le tribunal a rejeté la demande sur ce point, estimant qu'il s'agissait d'un débat relevant du juge du fond (33). En Inde, des poursuites pénales ont été entamées à l'encontre des dirigeants d'une société gestionnaire d'un moteur de recherche du chef de complicité de diffusion de « matériel pornographique » mettant en scène des mineurs (34). L'affaire *Yahoo!* jugée par le tribunal de grande instance de Paris le 22 mai 2000 mérite également une mention à cet égard (35).

A. — Les moteurs de recherche

Les moteurs de recherche utilisent des techniques d'indexation automatisées, sans intervention humaine. L'information répertoriée fait parfois l'objet des deux modes de contrôle suivants : l'un intervient à titre préventif, par l'emploi de techniques automatiques de filtrage, excluant en général les sites ou les pages web qui contiennent des mots clés « offensants », et l'autre *a posteriori*, par des « dénonciations » émanant d'usagers du réseau.

Certains moteurs permettent d'effectuer de telles dénonciations en ligne par des fenêtres spéciales de soumission. La plupart des moteurs de recherche offrent désormais une possibilité de filtrage, laquelle est facultative, l'internaute pouvant opter pour le mode non filtré. De plus, ces techniques de filtrage ne sont pas infaillibles, dans la mesure où un site peut avoir un contenu illégal sans qu'aucun mot repris sur la liste noire du robot ne s'y retrouve. Inversement, il ne serait pas impossible qu'un site parfaitement licite soit exclu de l'indexation filtrée parce qu'il contiendrait des mots « interdits » pour le robot.

national Journal of Law and Information technology, 2000, vol. 7, n° 3; V. Sedallian, « A propos de la responsabilité des outils de recherche », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, mai 2000, p. 4; également disponible sur *Juriscom.net*, 19 févr. 2000, <http://www.juriscom.net/>.

(33) Décision disponible sur <http://www.legalis.net/jnet>. En résumé, Bertrand Delanoë, homme politique français, invoquait le trouble manifestement illicite qu'il subissait en raison de l'utilisation sans autorisation de son nom pour désigner un site à caractère pornographique accessible à l'adresse <http://www.geocities.com/bertranddelanoë>. Les sociétés propriétaires du site avaient procédé, postérieurement à l'assignation, à la suppression du site litigieux. Toutefois, le tribunal de grande instance de Paris, par une ordonnance de référé du 31 juillet 2000, a retenu le préjudice résultant de l'utilisation sans droit du nom du politicien. Dans cette affaire, la société Alta Vista qui référençait le site litigieux sur son moteur de recherche a également été mise en cause en sa qualité de propriétaire sur le fondement de l'article 1384 du Code civil. Toutefois, le tribunal a estimé que la question ne pourra être tranchée qu'à l'issue d'un débat sur le fond.

(34) « Porn a Thorn for Indian Portal », *Wired News*, 4 déc. 2000, disponible à l'adresse <http://www.wired.com/news/business/0,1367,40432,00.html>

(35) Trib. gde inst. de Paris, réf., 22 mai 2000, *Com. com. électr.*, comm. n° 92, sept., disponible à l'adresse : <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence. Le tribunal a en effet ordonné à Yahoo France « de prévenir tout internaute consultant Yahoo.fr, et ce dès avant même qu'il fasse usage du lien lui permettant de poursuivre ses recherches sur Yahoo.com, que si le résultat de sa recherche, soit à partir d'une arborescence, soit à partir de mots clés l'amène à pointer sur des sites, des pages ou des forums dont le titre et/ou les contenus constituent une infraction à la loi française, ainsi en est-il de la consultation de sites faisant l'apologie du nazisme et/ou exhibant des uniformes, des insignes, des emblèmes rappelant ceux qui ont été portés ou exhibés par les nazis, ou offrant à la vente des objets et ouvrages dont la vente est strictement interdite en France, il doit interrompre la consultation du site concerné sauf à encourir les sanctions prévues par la législation française ou à répondre à des actions en justice initiées (*sic*) à son encontre ».

Afin d'illustrer la problématique nous prendrons l'exemple suivant : un site luttant contre les thèses révisionnistes introduit le mot clé « révisionnisme » dans un moteur de recherche. Celui-ci affiche, à côté de l'adresse du site demandeur, des titres et des hyperliens de sites prônant le révisionnisme. Non seulement le premier site pourrait décider d'engager la responsabilité quasi délictuelle du moteur de recherche pour avoir créé une association déshonorante, mais encore les autorités judiciaires pourraient-elles considérer qu'il s'agit là d'une complicité dans la commission des infractions réprimant la propagation du révisionnisme.

Cet exemple montre à quel point la problématique est proche de celle relative à la notion de « connaissance effective » des hébergeurs quant au caractère illicite ou préjudiciable des sites hébergés.

Si l'illicéité ne fait raisonnablement aucun doute (par ex. un site proposant de la pornographie infantine), le site devra être supprimé. Si, en revanche, l'illicéité du site ne peut être déterminée avec suffisamment de certitude qu'après un examen approfondi des droits en présence (propriété intellectuelle, atteinte au droit à l'image, propos diffamatoires, etc.), le responsable du moteur de recherche, qui ne peut s'ériger en juge, ne devrait être amené à supprimer le site ou à le suspendre que s'il est requis de le faire par les autorités judiciaires dûment habilitées.

Dans l'hypothèse où il est requis directement par la prétendue victime ou son ayant droit, le problème est plus délicat. Si un moteur de recherche est mis en demeure par un auteur de supprimer un site prétendument contrefaisant, et que l'opérateur de ce dernier conteste avoir commis une contrefaçon, le moteur de recherche pourrait voir sa responsabilité engagée par le premier, pour avoir facilité la propagation d'une contrefaçon, ou par le second, pour avoir abusivement supprimé le référencement d'un site qu'il prétend légal (36). Par ailleurs, ce rôle de censeur privé s'accommode mal des principes fondamentaux de présomption d'innocence, liberté d'expression et compétence du pouvoir judiciaire pour rendre la justice.

Dans ces conditions, à l'instar du *Digital Millennium Copyright Act* américain en matière de contrefaçon (voy. *supra*), il conviendrait d'envisager la mise sur pied d'une procédure de notification et de contre-notification qui mette le fournisseur de moteur de recherche à l'abri de toute mise en cause de sa responsabilité par l'une ou l'autre des parties impliquées, tout en permettant à celles-ci de faire valoir leurs droits.

Une question demeure toutefois ouverte : le moteur de recherche pourrait-il se voir reprocher d'avoir d'indexé des sites illégaux par des mots aussi explicites que « révisionnisme », « pornographie infantine », etc.? Ne pourrait-on considérer dans ce cas que le moteur de recherche a la possibilité, comme tout usager du réseau, d'effectuer lui-même, et de manière préventive, une requête par ces mots clés pour vérifier dans quelle mesure ils correspondent à des sites illégaux?

Dans la décision *Lacoste* précitée, le tribunal de grande instance de Nanterre a relevé que : « les sites présumés illicites sont aisément détectables par le moyen d'un moteur de recherche basé sur des mots clés d'un nombre réduit évoquant l'univers de la nudité, la beauté, la célébrité, la féminité. » Il constate ensuite que les photographies de Lynda Lacoste ont été trouvées depuis le moteur de recherche Nomade sur les mots clés « célébrités françaises » et depuis l'annuaire *Yahoo!* sur les mots clés « Célébrités dénudées - photos, célébrités - photos sexe ».

(36) Qu'il suffise de penser à la suppression du référencement auprès d'un moteur de recherche populaire tel qu'Altavista. Si la suppression est injustifiée, elle pourrait porter préjudice au site référencé dans la mesure où sa visibilité sur l'internet en souffrirait, et par voie de conséquence son trafic et ses revenus, qu'ils soient publicitaires ou engendrés par des ventes en ligne.

Outre le fait que le *monitoring* par l'emploi de mots clés présumés correspondre à des sites illicites est très aléatoire (37), voire critiquable au regard de la liberté de communication et d'expression garantis par l'article 10.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (38), il nous semble que, depuis l'adoption de la directive européenne sur le commerce électronique, qui exonère les fournisseurs d'hébergement de toute obligation générale de surveiller les informations qu'ils stockent ou de recherche active des infractions, il serait injustifié, voire discriminatoire, de traiter plus sévèrement les fournisseurs de moteur de recherche, qui objectivement, n'ont pas plus de contrôle sur les informations qu'ils référencent que les hébergeurs n'en ont sur les sites qu'ils hébergent.

B. — Les annuaires

S'agissant des annuaires, l'analyse du régime de responsabilité est identique sous une réserve : lors du premier référencement, ils assument une responsabilité de nature « éditoriale », dans la mesure où, en pleine connaissance de cause, ils répertorient et classent par thèmes des sites qui leur sont soumis, accompagnés d'une courte description de leur contenu.

Il nous semble qu'à ce moment, l'opérateur de l'annuaire doit prendre connaissance du contenu de sites. L'absence de vérification pourrait être constitutive de faute, sous réserve de pouvoir prouver ce manquement.

Par la suite, dans la mesure où un site, à l'origine légal, peut être modifié par son propriétaire pour y inclure des données illicites ou dommageables, et ce à l'insu de l'annuaire, le régime esquissé plus haut à propos des moteurs de recherche devrait également s'appliquer.

LES LIENS HYPERTEXTES



Le *Petit Robert* définit les liens hypertextes (ou hyperliens) comme « un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot ». Nous préférons y voir un code H.T.M.L. permettant l'indication interactive de la coordonnée d'une page web, d'une image, d'un endroit spécifique à l'intérieur d'une page web ou de tout autre document numérisé (fichiers musicaux, etc.).

(37) Par exemple, des recherches sur le mot « pédophilie » peuvent renvoyer à des sites luttant contre la pédophilie. En outre, ainsi que le relève la charte sur les « pratiques et usages » de l'Association française des fournisseurs d'accès (A.F.A.), l'efficacité des contrôles de sites par la détection automatique de mots suspects est réduite dès lors que les responsables des sites surveillés ont connaissance des mots suspects recherchés par les programmes informatiques du fournisseur d'accès. <http://www.afa-france.com/html/action/index-usages.htm>.

(38) V. Sedallian, « A propos de la responsabilité des outils de recherche », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, mai 2000, p. 4; également disponible sur [Juriscom.net](http://www.juriscom.net), 19 févr. 2000, <http://www.juriscom.net>. Cet auteur déclare à cet égard : « Juridiquement, considérer que certains mots devraient être censurés et bannis des bases de données des moteurs de recherche serait tout à fait contestable et certainement contraire aux principes de liberté de communication et d'expression garantis par l'article 10.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Doit-on bannir les mots "viol", "révisionnisme", "torture" du dictionnaire pour la seule raison que ces mots renvoient à des activités ou des idées totalement inacceptables? Toute censure basée sur la présence de seuls mots entraînerait automatiquement dans son sillage la censure de sites qui luttent contre les activités que ces mots désignent. Par exemple, une censure des mots viol, révisionnisme, torture, entraînerait vraisemblablement l'absence de référencement des sites d'aides aux victimes de viol, de lutte pour les droits de l'homme et contre le révisionnisme ».

C'est grâce aux liens hypertextes que « la Toile se tisse », puisque, sans eux, l'internaute serait incapable de naviguer aussi facilement d'un site à l'autre au gré des informations consultées.

Un opérateur de site pourrait-il être tenu responsable du contenu illégal ou préjudiciable des sites avec lesquels il décide d'établir des hyperliens? (39)

Une chose paraît certaine : l'opérateur du site liant pourra être tenu responsable, civilement et/ou pénalement, lorsque, sachant que le site lié était illégal ou préjudiciable, il n'a rien fait pour supprimer le lien, à l'instar de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des outils de recherche dont il a été question *supra*. Tel sera le cas du lien vers des sites accomplissant des infractions évidentes, par exemple le téléchargement de fichiers MP3 dans une liste du type « Illegal Music » ou la pédophilie.

Il paraît par contre difficile de retenir sa responsabilité s'il n'a aucune connaissance du caractère illicite du site lié.

L'I.F.P.I. (Fédération internationale de l'industrie phonographique) a porté plainte en Suède contre un étudiant de 17 ans, qui proposait sur son site web des liens permettant de copier sur d'autres sites des morceaux de musique comprimés au format MP3. L'I.F.P.I. avait adressé en vain deux messages d'avertissement au « pirate ». L'étudiant, placé en détention préventive pour violation de la loi suédoise sur le droit d'auteur, a ensuite été libéré par le tribunal de Skövde au motif qu'il ne stockait pas sur son site les fichiers MP3 litigieux, mais se bornait à fournir des liens qui renvoyaient vers eux (40). Toutefois, l'enseignement de cette décision est limité dans la mesure où le prévenu était poursuivi pour contrefaçon directe et non pour complicité de contrefaçon, inculpation qui aurait probablement été plus appropriée en l'espèce.

L'I.F.P.I. a obtenu gain de cause en Belgique. Sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, le tribunal de première instance d'Anvers, statuant en référé, a condamné un étudiant de 19 ans à fermer son site qui comprenait plus de 25.000 liens vers des fichiers illégaux (41). Le tribunal a considéré (traduction libre) « qu'un hyperlien n'est pas simplement une note de bas de page. En activant un lien de cette nature, un accès est donné à un site. Pour obtenir un accès à un site, il doit être possible de le localiser et de l'activer. Créer un hyperlien a précisément pour but de fournir ce service à l'utilisateur potentiel. En l'espèce, le défendeur a, sciemment et en pleine connaissance de cause, établi des liens vers des sites qui permettent de télécharger de manière illicite de la musique, c'est-à-dire sans payer les droits requis ».

Aux Etats-Unis, une ordonnance de référé (*preliminary injunction*) du 6 décembre 1999 (42) du tribunal fédéral de l'Utah a enjoint une association sans but lucratif de cesser de « poster » sur son site des *e-mails* indiquant les sites où pouvaient être lues les copies pirates d'un ouvrage de l'Eglise de Jésus Christ. Cette dernière affirmait que la mise en ligne des adresses de ces sites pirates constituait un acte de complicité de contrefaçon (*contributory infringement*) de son ouvrage.

(39) Pour les autres sources de responsabilité liées à l'utilisation des liens hypertextes, notamment en matière de liens profonds (*deep linking*), voy. Th. Verbiest et E. Wéry, *op. cit.*, n°s 292 et s.; A. Strowel et N. Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet », *R.I.D.A.*, oct. 2000, n° 186, p. 3-153.

(40) Pour un commentaire de cette décision : Th. Verbiest, « Suède : se lier à des sites MP3 contrefaisants ne serait pas en soi illégal », <http://www.droit-technologie.org>, actualité du 20 septembre 1999.

(41) Civ. Anvers, 21 déc. 1999, *I.F.P.I. Belgium c. Beckers Werner Guido*, R.G., n° 99/594/C, <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence. Annoncé dans *L'Echo*, 25 déc. 1999 et disponible sur le site <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.

(42) Tribunal fédéral de l'Utah, *Preliminary injunction*, 6 déc. 1999, disponible sur http://www.utlm.org/underthecoveroflight_news.htm.

Les faits soumis aux magistrats dans les décisions commentées sont généralement des cas d'école : il ne fait aucun doute que le défendeur avait connaissance du caractère illicite de son comportement. La question est autrement plus délicate lorsque le responsable du site web liant n'a pas connaissance du caractère illégal ou préjudiciable du site lié, soit qu'il n'ait pas pris la peine d'en vérifier spontanément et préventivement le contenu, soit que l'illicéité de l'information lui ait échappé.

Certains commentateurs n'hésitent pas à mettre à charge du responsable de site une obligation de contrôle d'initiative (43). Ainsi, au moment d'établir le lien, il incomberait à l'opérateur de prendre connaissance de son contenu (sous réserve des liens automatiques créés par les moteurs de recherche), et l'absence de vérification pourrait être constitutive de faute, à condition bien sûr de pouvoir prouver ce manquement.

La jurisprudence américaine la plus récente continue à faire preuve d'hésitation. Il a ainsi été jugé qu'un hyperlien ne peut en tant que tel violer le droit d'auteur d'autrui dans la mesure où son rôle n'est pas fondamentalement différent de celui d'une « référence bibliographique », indiquant simplement où se trouve l'œuvre recherchée (44). Dans le même sens, la *Southern District Court of California* a refusé le 20 janvier 2000 d'ordonner l'interdiction de placer des liens hypertextes renvoyant à des sites diffusant des éléments protégés (code source des clés de décryptage de la protection des D.V.D.), au motif qu'un opérateur de site ne peut pas être tenu responsable du contenu des sites auxquels il renvoie par lien hypertexte (45). Toutefois, dans le cadre de la même affaire, la *Southern District Court of New York* a statué en sens contraire. En effet, dans une décision du 17 août 2000, elle a enjoint le responsable du site 2600.com de supprimer tout lien hypertexte établi avec de tels sites (46).

Il est évidemment difficile de tirer un enseignement de ces décisions, rendues dans un contexte jurisprudentiel éminemment évolutif, voire versatile. A notre sens, la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens du fait du contenu des sites liés doit s'apprécier dans les mêmes termes que la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'outils de recherche dont il a été question *supra*.

Si l'illicéité ne fait raisonnablement aucun doute (par ex. un site proposant de la pornographie infantile), le lien devra être supprimé. Si, en revanche, l'illicéité du site ne peut être déterminée avec suffisamment de certitude qu'après un examen approfondi des droits en présence (propriété intellectuelle, atteinte au droit à l'image, propos diffamatoires etc.), l'auteur du lien, qui ne peut s'ériger en juge, ne devrait être amené

à supprimer le lien ou à le suspendre que s'il est requis de le faire par les autorités judiciaires dûment habilitées.

S'il est requis directement par la prétendue victime ou son ayant droit, le problème est plus délicat. L'auteur du lien se retrouve dans une situation pour le moins inconfortable, tiraillé entre la prétendue victime, qui risque d'engager sa responsabilité pour avoir maintenu un lien préjudiciable, et l'opérateur du site lié qui pourrait également rechercher sa responsabilité au cas où il supprimerait de manière injustifiée et préjudiciable le lien litigieux (47).

Dans ces conditions, à l'instar du *Digital Millennium Copyright Act* américain en matière de contrefaçon (voy. *supra*), il conviendrait d'envisager la mise sur pied d'une procédure de notification et de contre-notification qui mette le fournisseur de liens à l'abri de toute mise en cause de sa responsabilité par l'une ou l'autre des parties impliquées, tout en permettant à celles-ci de faire valoir leurs droits.

4 CONCLUSIONS

La jurisprudence récente montre que la pierre d'achoppement principale concerne la détermination du seuil de connaissance effective de l'hébergeur et des modalités de la notification qui lui est faite du contenu illégal ou préjudiciable du site hébergé. A cet égard, la directive sur le commerce électronique pêche par un manque de précision, ce qui risque de susciter des divergences législatives et jurisprudentielles entre Etats membres.

Il est également regrettable que le législateur européen ait (volontairement) omis de conférer un régime de responsabilité aux fournisseurs d'hyperliens et d'outils et recherche.

Il est vrai qu'en vue d'une éventuelle révision de la directive, l'article 21-2 impose à la Commission de présenter d'ici le 17 juillet 2003 « des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche, les procédures de notification et de retrait (*notice and take down*) et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu » (48). Il s'agit toutefois d'une maigre consolation lorsque l'on connaît les délais de négociation et d'adoption des directives communautaires...

Thibault VERBIEST et Etienne WÉRY,
Avocats au barreau de Bruxelles

(43) En particulier : Ch. Curtelin, « L'utilisation des liens hypertextes, des *frames* ou des métatags sur les sites d'entreprises commerciales », *R.D.I.T.*, 1999/3, p. 14.

(44) *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com*, Federal District Court de Los Angeles, 27 mars 2000, disponible sur <http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html>. Le site Ticketmaster accusait le site Tickets.com de contrefaçon, concurrence déloyale et publicité trompeuse, au motif que Tickets.com, qui vend des tickets et billets en tous genres, avait établi des hyperliens vers des pages du site de Ticketmaster qui offraient des tickets indisponibles sur le site de Tickets.com.

(45) Preliminary Injunction, Jan. 20, 2000 (DI 6); *Universal City Studios, Inc.*, 82 F. Supp.2d. Décision disponible sur : http://www.eff.org/pub/Intellectual_property/DVDCCA-case/20000120-pi-order.html. Il est également intéressant de signaler l'affaire *Gary Bernstein v. J.C. Penney Inc.* : une action en contrefaçon a été introduite par le photographe Gary Bernstein contre le responsable d'un site qui contenait deux liens hypertextes menant à d'autres sites, lesquels aboutissaient à une page d'un site suédois, où étaient reproduites sans autorisation deux photographies du demandeur représentant l'actrice Elizabeth Taylor. Dans une décision du 20 avril 1998, la « Western Division » de la cour de Californie débouta le demandeur au motif que le lien entre l'acte de contrefaçon réel et les agissements du défendeur était trop ténu pour que l'on puisse retenir sa responsabilité. Voy. : <http://www.abcnews.com/sections/tech/DailyNews/websuit980921.html>.

(46) *Universal City Studios, Inc. vs. Shawn C. Reimerdes*, Southern District Court of New York, 17 août 2000, décision disponible à l'adresse : <http://www.droit-technologie.org/jurisprudence/usa/2600-mpaa-decision-170800.pdf>.

(47) Qu'il suffise de penser à la suppression du référencement auprès d'un annuaire populaire tel que Yahoo! Si la suppression est injustifiée — le site référencé n'ayant en fait aucun contenu illicite — elle pourrait porter préjudice au site lié dans la mesure où sa visibilité sur l'internet en souffrirait, et par voie de conséquence son trafic et ses revenus, qu'ils soient publicitaires ou engendrés par des ventes en ligne. De même, certains sites sont liés par des *linking agreements* qui pourraient être résiliés fautivement si la suppression était injustifiée.

(48) Article 21.2 : « Ce rapport, en examinant la nécessité d'adapter la présente directive, analyse en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche, les procédures de notification et de retrait (« *notice and take down* ») et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu. Le rapport analyse également la nécessité de prévoir des conditions supplémentaires pour l'exemption de responsabilité, prévue aux articles 12 et 13, compte tenu de l'évolution des techniques, et la possibilité d'appliquer les principes du marché intérieur à l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées ». S'agissant des outils de recherche, la formulation nous semble réductrice et il eût été sans doute préférable de conserver l'expression « d'instruments de localisation » visée à l'article 24 de la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique du 1^{er} septembre 1999, laquelle était directement inspirée du *Digital Millennium Copyright Act* (« *information location tools* »).