



<http://www.droit-technologie.org>

Présente :

**LA RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS  
D'OUTILS DE RECHERCHE ET D'HYPERLIENS  
DU FAIT DU CONTENU DES SITES RÉFÉRENCÉS**

**Thibault Verbiest**

Avocat, Maître de conférences à l'Université de Liège

Chargé de cours à l'Université X

thibault.verbiest@ulyes.net

**Etienne Wéry**

Avocat, chercheur au Centre de recherche Informatique et Droit de Namur (Crid)

Chargé de cours à l'Université Paris I

etienne.wery@ulyes.net

**05/2001**

LA RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS D'OUTILS DE RECHERCHE.....	6
A/ LES MOTEURS DE RECHERCHE .....	8
B/ LES ANNUAIRES .....	11
LES LIENS HYPERTEXTES .....	12

**La question de la responsabilité des intermédiaires du réseau que sont les fournisseurs d'outils de recherche (moteurs de recherche et annuaires) ou d'hyperliens a été peu étudiée jusqu'à présent. Pourtant, après les hébergeurs, quelques affaires, en France comme à l'étranger, montrent qu'il est intéressant d'envisager le régime de responsabilité possible de ces intermédiaires lorsqu'ils sont accusés d'avoir référencé des sites illégaux ou préjudiciables.**

Facteur incontestable de progrès, l'internet est également devenu, comme chacun sait, le vecteur sans frontière de nombreuses illégalités et abus (pornographie infantine, 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 discussion, sur un site web, voire par courrier électronique. Toutefois, les poursuites contre l'auteur d'un message répréhensible peuvent s'avérer totalement illusoires 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 de l'internet, en particulier des fournisseurs d'accès et d'hébergement, généralement plus proches du plaignant, et plus solvables<sup>1</sup>. 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"<sup>2</sup>, promulgué le 21 octobre 1998 par le Congrès américain, dont elle s'est directement inspirée, et de la loi allemande relative aux Téléservices ("Teledienstgesetz") entrée en vigueur le premier août 1997<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour un aperçu de la première jurisprudence, surtout américaine : E. Wery, "Internet hors-la-loi ? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau", J.T., 1997, p. 425. et s.

<sup>2</sup> 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 des commentaires de la loi, v. A. P. Lutzker et S. Lutzker, "The Digital Millennium Copyright Act", ALA, 18 novembre 1998, disponible sur : <http://www.ala.org/washoff/osp.html>.

<sup>3</sup> Pour un commentaire de cette loi : Th. Hoeren, "Liability in the Internet and the new German multimedia law regulations", A & M, décembre 1998, p. 309.

Nous ne reviendrons 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<sup>4</sup>. Ce régime a en effet été largement commenté en doctrine<sup>5</sup>. Toutefois, la directive ignore d'autres intermédiaires ou acteurs du réseau, pourtant tout aussi essentiels, à savoir les fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens.

Notre propos sera d'esquisser le régime de responsabilité possible de ces intermédiaires lorsqu'ils sont accusés d'avoir référencé des sites illégaux ou préjudiciables.

---

<sup>4</sup> Rappelons que la France a déjà en partie transposé la directive européenne sur ce point (loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO. n° 177 du 2 août 2000 et LP, supplément au n° 175). Pour une analyse de cette loi : Th. Verbiest et E. Wery, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier (éd.), 2001, n° 422 et s. .

<sup>5</sup> Pour une analyse approfondie de ces dispositions de la directive, v. également : Th. Verbiest et E. Wery, *op.cit.*, n° 396 et s.

## **LA RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS D'OUTILS DE RECHERCHE**

On distingue généralement parmi les outils de recherche, ou “instruments de localisation de l'information”, les moteurs de recherche des annuaires de l'internet.

Un moteur de recherche<sup>6</sup> 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 index) sont des listes de sites disposées selon des catégories et des sous-catégories<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>

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<sup>9</sup>. Pourtant, après les hébergeurs, il est probable que cette question alimentera un débat judiciaire houleux dans les années à venir.

---

<sup>6</sup> Le plus connu est [www.altavista.com](http://www.altavista.com)

<sup>7</sup> Le plus connu est Yahoo! V. : <http://www.yahoo.com>, et sa version française : <http://www.yahoo.fr>.

<sup>8</sup> D. Sullivan, How search engines work ? <http://www.searchenginewatch.com/webmasters/work.html>.

<sup>9</sup> Pour des premières analyses : Th. Verbiest et E. Wery, op.cit, n° 426 et s.; Th. Verbiest, “Entre bonnes et mauvaises références” – À propos de outils de recherche sur l'internet, A & M, mars 1999, p. 34, également disponible sur [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org) (rubrique “ dossiers ”) ; Th. Verbiest, “La responsabilité des outils de recherche sur l'internet en droit français et droit belge”, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, juillet 1999, p. 6 ; Th. Verbiest, Liability of search tools, in French and Belgian laws, on the Internet, International Journal of Law and Information technology , 2000, vol. 7, n° 3 ; V. Sedallian, “À 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 février 2000, <http://www.juriscom.net/>.

Quelques affaires donnent déjà la mesure du contentieux potentiel à cet égard. Ainsi, le moteur de recherche Alta Vista a 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<sup>10</sup>. En Inde, des poursuites pénales ont été initiées 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<sup>11</sup>.

L'affaire Yahoo, jugée par le tribunal de grande instance de Paris le 22 mai 2000, mérite également une mention à cet égard<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> 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 Tgi 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.

<sup>11</sup> "Porn a Thorn for Indian Portal", Wired News, 4 décembre 2000, disponible à l'adresse : <http://www.wired.com/news/business/0,1367,40432,00.html>

<sup>12</sup> Tgi Paris, (réf.), 22 mai 2000, Com. com. électr., comm. n° 92, septembre, 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 à son encontre".

## 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. 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 exemple un site proposant de la pornographie infantine), le site devra être supprimé. Si, en revanche, l'illégalité 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<sup>13</sup> Par ailleurs, ce rôle de censeur privé s'accommode mal des principes fondamentaux de présomption d'innocence, de liberté d'expression et de compétence du pouvoir

---

<sup>13</sup> 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 générés par des ventes en ligne.

judiciaire pour rendre la justice. Dans ces conditions, à l'instar du "Digital Millennium Copyright Act" américain en matière de contrefaçon, 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<sup>14</sup>.

Cette loi fédérale organise en effet un régime d'immunité en faveur des fournisseurs de services en ligne, notamment les fournisseurs d'outils de recherche ("information location tool") et d'hyperliens, mais limité aux actes de contrefaçon, et ce, moyennant le respect d'une série de conditions et de procédures. Pour bénéficier de ce régime exonératoire, le fournisseur 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'"US 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 Url 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.

---

<sup>14</sup> L'article 21-2 de la directive européenne sur le commerce électronique fait d'ailleurs allusion aux procédures de "notice and take down" instituées aux États-Unis par le "Digital Millennium Copyright Act, puisqu'il charge la Commission de présenter d'ici à juillet 2003 : " un rapport qui, 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... ”.

Une question demeure toutefois ouverte : le moteur de recherche pourrait-il se voir reprocher d'avoir 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<sup>15</sup>, le tribunal de grande instance de Nanterre a relevé : “ 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 ”.

Outre le fait que le monitoring, par l'emploi de mots-clés présumés correspondre à des sites illicites, est très aléatoire<sup>16</sup>, voire critiquable au regard de la liberté de communication et d'expression garantie par l'article 10-1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>17</sup>, 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.

---

<sup>15</sup> Tgi Nanterre, 8 décembre 1999, Gaz. Pal., jur., 11-12 février 2000, p. 2, note Hubert Bitan ; Légipresse, mars 2000, 169-III, p. 40, note Basile Ader ; Jcp 2000, éd. G, II, 10279, note Eric Barbry et Frédérique Olivier ; Expertises, avril 2000, p. 114 ; Com. comm. élect., mars 2000, p. 29, note Agathe Lepage ; Jcp 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.

<sup>16</sup> 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 (Afa), 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](http://www.afa-france.com/html/action/index_usages.htm)

<sup>17</sup> V. Sedallian, “À 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 février 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, entraînera 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. ”

## **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 Html 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.). 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<sup>18</sup>?

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 en revanche difficile de retenir sa responsabilité s'il n'a aucune connaissance du caractère illicite du site lié.

L'Ifpi (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'Ifpi 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<sup>19</sup>. 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.

---

<sup>18</sup> Pour les autres sources de responsabilité liées à l'utilisation des liens hypertextes, notamment en matière de liens profonds (“deep linking”), v. Th. Verbiest et E. Wery, op.cit., n° 292 et s. ; A. Strowel et N. Ide, “La responsabilité des intermédiaires sur Internet”, Rida, octobre 2000, n° 186, p. 3-153.

<sup>19</sup> 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.

L'Ifpi 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<sup>20</sup>. Le tribunal a considéré (traduction libre) : “ 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 États-Unis, une ordonnance de référé (“preliminary injunction”) du 6 décembre 1999<sup>21</sup> 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'Église 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.

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 la charge du responsable de site une obligation de contrôle d'initiative<sup>22</sup>. Ainsi, au moment d'établir le lien, il incomberait à l'opérateur de prendre connaissance de son contenu (sous réserve des liens automatiques générés par les moteurs de recherche) et l'absence de vérification pourrait être constitutive de faute, à condition bien sûr de pouvoir prouver ce manquement.

---

<sup>20</sup> Civ. Anvers, 21 décembre 1999, Ifpi Belgium c/ Beckers Werner Guido, R.G.99/594/C, <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence. Annoncé dans L'Écho, 25 décembre 1999 et disponible sur le site <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence

<sup>21</sup> Tribunal fédéral de l'Utah, Preliminary injunction, 6 décembre 1999, disponible sur : [http://www.utlm.org/underthecoveroflight\\_news.htm](http://www.utlm.org/underthecoveroflight_news.htm)

<sup>22</sup>En particulier : Ch. Curtelin, “ L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des métatags sur les sites d'entreprises commerciales ”, Ridp, 1999/3, p. 14.

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<sup>23</sup>. 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 Dvd), au motif qu'un opérateur de site ne peut pas être tenu responsable du contenu des sites auxquels il renvoie par lien hypertexte<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>.

Il est évidemment difficile de tirer un enseignement de ces décisions, rendues dans un contexte jurisprudentiel éminemment évolutif, voire versatile. À 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 exemple un site proposant de la pornographie infantine), le lien devra être supprimé. Si, en revanche, l'illégalité 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

---

<sup>23</sup> Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, District Court fédérale 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.

<sup>24</sup> Preliminary Injunction, January 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](http://www.eff.org/pub/Intellectual_property/DVDCCA_case/20000120-pi-order.html). Il est également intéressant de signaler l'affaire Gary Bernstein v. JC 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. V. <http://www.abcnews.com/sections/tech/DailyNews/websuit980921.html>

<sup>25</sup> 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](http://www.droit-technologie.org/jurisprudence/usa/2600_mpaa_decision_170800.pdf)

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<sup>26</sup>.

Dans ces conditions, à l'instar du "Digital Millennium Copyright Act" américain en matière de contrefaçon (voir 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.

Il est regrettable que le législateur européen ait (volontairement) omis de conférer un régime de responsabilité aux fournisseurs d'hyperliens et d'outils de recherche. Lorsqu'un juge sera amené à apprécier la responsabilité d'un fournisseur d'outils de recherche ou de liens hypertextes, il sera confronté aux mêmes problèmes que ceux rencontrés par la jurisprudence, notamment française, relative à la responsabilité des hébergeurs : la pierre d'achoppement principale concernera la détermination du seuil de connaissance effective du fournisseur et des modalités de la notification qui lui est faite du contenu illégal ou préjudiciable du site référencé.

Il est vrai qu'en vue d'une éventuelle révision de la directive, l'article 21-2 impose à la Commission de présenter avant 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 " <sup>27</sup>. Il s'agit toutefois d'une maigre consolation lorsque l'on connaît les délais de négociation et d'adoption des directives communautaires...

---

<sup>26</sup> 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 générés 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.

<sup>27</sup> 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 premier septembre 1999, laquelle était directement inspirée du Digital Millennium Copyright Act (" information location tools ").

