



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LES RISQUES NUMÉRIQUES À L'ÉPREUVE DU DROIT L'EXEMPLE DU LIEN
HYPERTEXTE*

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 39, 1er juin 2008

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LES RISQUES NUMÉRIQUES À L'ÉPREUVE DU DROIT L'EXEMPLE DU LIEN HYPERTEXTE

I. - DE LA RÉGULATION D'UNE LIAISON PARFOIS ENCOMBRANTE... A. - La liberté d'établir un lien : une liberté menacée ?

I. - DE LA RÉGULATION D'UNE LIAISON PARFOIS ENCOMBRANTE... B. - Une liberté résiduelle

II. - ...À LA RÉGLEMENTATION D'UNE LIAISON PERVERSE A. - La qualification de l'activité de fourniture en matière de liens commerciaux

II. - ...À LA RÉGLEMENTATION D'UNE LIAISON PERVERSE B. - Vers une responsabilité systématique du moteur de recherche en matière de liens commerciaux

Quel est le régime juridique des liens hypertextes ? La question est d'autant plus cruciale que la jurisprudence, des plus instables, ne parvient pas à dégager un régime uniforme du lien et à stabiliser les fondements juridiques de son régime. Aussi, est-ce à un état complet de la problématique ainsi soulevée que dresse présentement M^{me} Mendoza-Caminade.

Grâce aux liens hypertextes, l'internet présente un effet interactif en raison de la passerelle que le lien établit entre un document initial donné et un document lié, quelle que soit sa localisation sur le réseau. Au-delà de son effet interactif, le lien hypertexte assure un certain rayonnement du site cible et permet d'augmenter la notoriété de ce site : étant relié à d'autres sites, le site lié sort de l'ombre (1) . Les liens hypertextes connaissent un succès considérable : le lien serait « *une des féeries du net* », « *la baguette magique du réseau !* » (2) , et il apparaît indispensable au fonctionnement de l'internet au point d'être « *la clé de voûte* » (3) de l'interactivité de la toile (4) .

Si le lien hypertexte n'est l'objet d'aucune règle légale (5) , il peut être défini comme « *une connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication* (par exemple le réseau internet). *Il est composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable* (le pointeur), *adresse de destination, condition de présentation de la ressource liée* » (6) . Le lien est donc constitué par une référence appelée le pointeur qui est le plus souvent constitué par un mot, une expression, ou une phrase et qui prend sa source dans un site dit d'origine. Cet élément pointe vers une ressource située sur un site cible, et permet à l'internaute de naviguer et de se diriger entre les sites liés.

Selon nous, le lien n'est pas réductible à une catégorie d'œuvre de l'esprit, quelle qu'elle soit.

Le lien hypertexte apparaît donc comme un instrument de navigation spécifique à l'internet, mais il existe une hétérogénéité des liens, à savoir des liens internes, externes, simples, profonds, avec cadre, ou encore commerciaux (7) . Ainsi, les catégories de liens sont variées, mais cela n'empêche pas l'existence de points de convergence, et c'est pourquoi les catégories de liens ne seront pas systématiquement différenciées au sein de cette étude (8) .

Le plus souvent, le lien hypertexte est présenté comme un simple outil de navigation (9) : le lien n'est pas analysé en soi, et il apparaît nécessaire de déterminer si le lien peut faire l'objet d'un droit dont découlerait alors un régime juridique. Parmi les qualifications envisageables, il est possible d'exclure d'emblée la propriété industrielle : en effet, le lien ne peut être constitutif ni d'une création industrielle, ni d'un signe distinctif (10) . Par ailleurs, le recours à

la propriété littéraire et artistique a pu être envisagé pour certains liens hypertextes (11) . Mais, la reconnaissance d'un droit d'auteur implique de remplir la condition d'originalité pour chaque lien, ce qui est loin d'être évident (12) . Selon nous, le lien n'est pas réductible à une catégorie d'œuvre de l'esprit, quelle qu'elle soit (13) : il est donc préférable de ne pas recourir à cette qualification d'application très résiduelle, d'autant qu'en pratique, le lien n'est le plus souvent que l'utilisation d'un élément préexistant sur le site cible. Le créateur du lien hypertexte utilise comme pointeur un terme, un identifiant ou un logo figurant sur le site de destination et faisant peut-être déjà l'objet d'un droit. Dans ce cas, la constitution du lien correspondant à un droit antérieur ne peut donner prise à un droit détaché du support qu'il reproduit, et ne peut générer un droit au profit du créateur du lien. L'inadéquation entre l'objet de ces divers droits et du lien justifie selon nous qu'une qualification autonome du lien soit exclue (14) : par conséquent, le lien hypertexte présente une nature juridique insaisissable car il n'est pas assimilable à une catégorie préexistante de droit, et lorsqu'il correspond à un droit antérieur, il constitue la simple reprise de ce droit antérieur, ce qui démontre sa totale absence d'autonomie juridique. Parce qu'il est déterminé en fonction de la cible à laquelle il mène, le lien peut selon nous être qualifié d'information délivrée au public afin de naviguer sur la toile : le lien n'est qu'un mode de cheminement (15) et n'existe qu'à la mesure de l'élément auquel il renvoie.

Face au mutisme du législateur (16) , le lien est appréhendé par un droit naissant grâce à la jurisprudence et à la doctrine : une approche juridique se dessine peu à peu, mais elle concerne essentiellement la responsabilité du créateur et du fournisseur de liens hypertextes (17) . Le but de la présente étude est de tenter d'identifier les traits du régime juridique du lien hypertexte. En l'absence de législation spécifique, les tribunaux peinent à dégager un régime uniforme du lien, et ne parviennent pas à stabiliser les fondements juridiques de son régime : les solutions sont variables et cette instabilité est source d'une importante insécurité juridique. La confrontation des liens hypertextes avec le droit ne doit pas se solder par une paralysie des liens, à l'image de la jurisprudence actuelle qui semble céder à la tentation d'une répression accrue. Initialement fondée sur une philosophie libertaire, le lien est confronté à une logique privatiste et marchande, ce qui peut conduire le droit positif à privilégier la sécurité des tiers et la contrainte exercée sur les acteurs de cette activité. Une simple régulation suffit parce que le principe doit rester celui de la liberté, l'interactivité de l'internet étant à ce prix. Pour préserver cette liberté de lier tout en sanctionnant les dérives, c'est l'abus de la liberté de lier qui doit être sanctionné, à savoir la création d'un lien qui serait étrangère à la volonté de guider de manière licite l'internaute. Seul compte le respect de la finalité du lien hypertexte, et c'est la manière d'utiliser le lien qui doit être analysée pour conduire à une éventuelle condamnation. Face à cette question complexe, les modalités d'utilisation du lien doivent être clarifiées et précisées afin de permettre à tous les protagonistes de savoir à quelles conditions leur responsabilité peut être engagée. Pour appréhender les risques présentés par les liens, il est possible de distinguer selon que la création des liens peut permettre d'imposer une liaison encombrante (I), ou si la technique du lien est manipulée pour imposer une liaison perverse (II).

I. - DE LA RÉGULATION D'UNE LIAISON PARFOIS ENCOMBRANTE...

Malgré le principe de liberté présidant à son établissement, un lien peut être contesté même lorsqu'il est utilisé conformément à sa fonction. La difficulté est alors de déterminer si le droit positif privilégie la philosophie libertaire de l'internet et donc la liberté de lier, ce qui semble être le cas lorsque le site lié se plaint d'être associé au site d'origine

(A). Mais le droit semble plus réceptif s'agissant des revendications émanant de titulaires de droits antérieurs se plaignant d'une atteinte portée à leur droit par un lien hypertexte (B).

A. - La liberté d'établir un lien : une liberté menacée ?

Historiquement, le fonctionnement de l'internet est basé sur le principe de la liberté de lier. Aussi, il est longtemps apparu incohérent de s'interroger sur l'établissement de liens et sur d'éventuelles modalités de contrôle de cette création. Rapidement, les magistrats ont rappelé le caractère indispensable de la liberté de lier tout en soulignant la nécessité de ne pas abuser de cette liberté. Ainsi, les juges ont précisé que « *la raison d'être d'internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement* » (18). Aujourd'hui, la philosophie libertaire de l'internet reste privilégiée dans la mesure où le libre établissement d'un lien prime en principe sur toute autre considération. La liberté de lier peut être rattachée à la liberté d'expression, car le tisseur de lien établit une forme de communication entre les sites. La passerelle que constitue le lien permettra un échange d'opinions et constitue un instrument d'expression sur l'internet.

Pour justifier cette liberté de création, on considère que le site relié est censé avoir implicitement autorisé la création du lien menant du site d'origine à son propre site (19). Cette autorisation se déduit du fonctionnement même de la toile, de sa caractéristique essentielle : la seule présence sur le web implique une autorisation donnée à toute personne d'opérer une liaison entre les sites. Il en va de la création des autoroutes numériques. La liberté de relier les sites entre eux participe de la liberté de circulation sur l'internet et d'une liberté de mouvement de l'internaute.

Pour autant, le lien peut être gênant pour le site cible qui se voit imposer cette association. En effet, le site cible est en quelque sorte victime de cette union forcée, il la subit dans le sens où le lien conduit l'internaute vers son site sans son consentement. Le principe de la liberté de la création de liens hypertextes et son corollaire de l'autorisation implicite du titulaire du site cible font que le titulaire du site de destination, quel que soit le désagrément éprouvé, ne peut que subir cette association gênante sans pouvoir s'y opposer. Affichant une certaine prudence, certains auteurs invitent le concepteur de liens à se rapprocher de l'éditeur du site cible afin d'obtenir son autorisation (20). Pourtant, aucune obligation n'impose au concepteur du lien la consultation, ni même la simple information. Force est d'ailleurs de constater qu'en pratique, une telle démarche est rarement adoptée (21). L'accès à tout site est à la disposition de tous, y compris par la voie du lien hypertexte.

La création de liens apparaît donc s'affranchir de toute limite et de toute autorisation préalable.

Aussi, des titulaires du site cible ont tenté une parade consistant à mentionner sur leurs sites les conditions requises pour l'établissement du lien hypertexte, voire le refus d'être relié à d'autres sites. La question est alors de déterminer si cette acceptation conditionnée ou si ce refus est opposable au créateur de lien : qu'encourt-il s'il passe outre ? Dans la mesure où le lien est correctement établi, son simple établissement en contradiction avec les indications affichées sur le site de destination est-il fautif ? À notre connaissance, les juges ne se sont pas prononcés sur cette question, et la doctrine apparaît en majorité opposée à conférer une quelconque portée à de telles mentions précisées sur le site cible. Le non-respect des indications émanant du titulaire du site ne constituerait pas une faute. Par conséquent, le créateur du lien ne pourrait pas voir sa responsabilité engagée du seul fait de la méconnaissance des mentions affichées sur la page d'accueil du site cible. Cette solution ne peut qu'être approuvée, car il est préférable de faire prévaloir les caractéristiques fondamentales de l'internet sur la volonté des titulaires de sites : ces derniers ne doivent pas pouvoir

bloquer l'une des prérogatives naturelles de l'internet. La régulation de l'internet est ici illustrée par le refus de privilégier la volonté d'une personne sur un rouage essentiel du fonctionnement de l'internet. L'insertion de mentions ne doit pas conduire à paralyser la navigation et donc la création de liens hypertextes. En l'absence de texte, aucune obligation n'est mise à la charge du créateur de lien qui peut donc passer outre les mentions contraires du site cible qu'il peut au demeurant ignorer.

Il est cependant possible que le créateur du lien passe un contrat avec le titulaire du site cible afin de convenir des modalités d'établissement du lien, par exemple en ce qui concerne la typologie du lien ou encore l'utilisation de telle expression. Dans ce cas, l'établissement du lien est convenu entre les parties qui fixent les conditions devant être respectées.

Par conséquent, l'effectivité de la liberté de lier les sites reste assurée en pratique et prévaut sur toute autre considération juridique. Pour autant, ce droit à la constitution d'un lien n'est pas absolu et ce principe de liberté doit bien sûr être soumis au respect des droits des tiers. En effet, lorsque le lien reprend dans son intitulé un droit antérieur, cette utilisation peut être susceptible d'abus et peut alors être sanctionnée.

Le droit de la propriété littéraire et artistique ne semble pas constituer une limite à la libre création de liens et la jurisprudence a peu sanctionné les poseurs de liens sur le fondement du droit d'auteur.

B. - Une liberté résiduelle

La liberté dont bénéficie toute personne pour établir un lien implique que cette personne réponde d'un éventuel abus de cette liberté. La responsabilité du tisseur de liens peut être engagée en raison de l'utilisation d'un droit d'autrui, ou encore du fait du contenu illicite du site cible : le lien hypertexte ne doit pas porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle (22) . Pour éviter tout conflit lorsque l'hyperlien porte sur un droit de propriété intellectuelle qu'il reproduit, le créateur du lien devrait demander l'autorisation du titulaire des droits avant d'établir le lien. Mais dans la mesure où la reprise de l'élément protégé est nécessaire et ne crée pas de confusion, aucune sanction ne devrait selon nous être appliquée, notamment pour contrefaçon. Pourtant, la position de la jurisprudence semble varier selon la catégorie des droits en cause.

Le droit de la propriété littéraire et artistique ne semble pas constituer une limite à la libre création de liens et la jurisprudence a peu sanctionné les poseurs de liens sur le fondement du droit d'auteur (23) . Pour que le droit d'auteur (24) puisse être pris en compte, le lien doit reproduire un élément protégé, par exemple une image, un logo, un titre, ou encore un slogan présentant une certaine originalité. Cependant, la création d'un lien hypertexte vers un site protégé par le droit d'auteur ne constituerait pas en soi une violation du droit d'auteur (25) . Dans la plupart des cas, le lien ne porte pas atteinte au droit de reproduction, ni au droit de représentation de l'auteur de l'élément cible (26) .

Le lien peut, par ailleurs, reproduire un signe distinctif appartenant à un tiers. Dans la mesure où l'utilisation du lien est conforme à la fonction du lien hypertexte, à savoir une fonction informative, la seule reprise du signe à titre de lien hypertexte constitue une utilisation normale : il est alors licite de le citer pour indiquer le lieu où se trouve le site de l'entreprise utilisant un tel signe distinctif. En revanche, si cette reprise est utilisée à des fins exclusivement commerciales, elle pourra être sanctionnée sur le fondement de la contrefaçon, de la concurrence déloyale ou encore du parasitisme.

Si la création d'un lien n'est pas en principe en soi répréhensible, la question se pose de savoir si le lien est licite lorsqu'il conduit à un site dont le contenu est illicite : le créateur de lien peut-il être tenu responsable à raison du contenu illicite ou illégal du site vers lequel pointe son lien (27) ? Selon la jurisprudence, la responsabilité de l'exploitant du site d'origine ne peut être retenue dès lors qu'il n'avait pas connaissance du contenu illicite. Or, le plus souvent, comme il n'en aura pas connaissance, cette solution est opportune (28) . L'exploitant du site d'origine ne peut pas effectuer un contrôle permanent du contenu des sites vers lesquels il renvoie et n'a aucun pouvoir sur l'évolution vers un contenu illicite de ce contenu. Mais sa responsabilité est engagée dès que l'exploitant connaissait le contenu illégal ou illicite de la cible : le lien est alors « *complice* » (29) . Dans ce cas, la responsabilité de l'exploitant peut être engagée dès que l'exploitant a volontairement créé le lien vers le contenu qu'il savait être illicite (30) , ou lorsqu'il a connaissance que le contenu de l'un des sites cibles est devenu illicite (31) . La responsabilité civile ou pénale du poseur de liens pourrait alors être retenue (32) .

De manière générale, l'intention du poseur de liens doit être déterminante afin d'apprécier le caractère répréhensible du lien posé (33) . La tentation du tout répressif doit être évitée et la liberté doit prévaloir de manière absolue, au point selon nous d'écarter toute mesure préventive. Dans le cas contraire, les nombreuses précautions préconisées pour l'établissement et la licéité du lien deviendraient vite dissuasives. Le lien serait soumis à un contrôle exercé par des personnes privées, ce qui serait très subjectif et en contradiction totale avec les règles de fonctionnement de l'internet. Pour autant, tout n'est pas permis (34) : le lien peut être utilisé de manière anormale, afin d'exploiter et de profiter illégitimement des droits d'autrui. Dans ces cas, une sanction du lien apparaît nécessaire, mais l'analyse doit porter sur la mise en œuvre du lien et non sur le lien lui-même (35) . Ce n'est que lorsque le lien crée une confusion entre les sites des entreprises qu'une sanction est envisageable. Lorsque le créateur du lien dissimule cette liaison en profitant du travail d'autrui, le recours à la concurrence déloyale (36) ou au parasitisme (37) est pertinent ; en outre, cette pratique pourrait constituer une éventuelle contrefaçon, ou encore l'extraction d'une partie substantielle d'une base de données (38) .

Le lien est donc devenu un instrument se prêtant à l'utilisation de droits d'autrui et la réponse du droit se trouve essentiellement dans la propriété intellectuelle : à chaque droit atteint, une réponse spécifique est apportée. Autrement dit, il s'agit d'une approche sectorielle du lien qui apparaît spécifique à chaque catégorie de droit (39) . Mais il est, selon nous, possible de s'attacher à la manière de lier : le lien utilisé comme une référence, comme un chemin menant l'internaute d'un site à un autre sans abus ne doit pas être sanctionné par les juges. L'existence de droits privatifs ne doit pas remettre en cause le libre établissement des liens, sous réserve de liens qui excéderaient leur fonction de liaison et permettraient à leurs créateurs un usage déloyal ou illégitime du droit d'autrui.

C'est donc la modalité d'utilisation du lien qui est en cause, et pour déterminer si son utilisation est normale ou abusive, le critère de la référence nécessaire nous semble pertinent. En effet, à l'image de l'article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle, la référence nécessaire à une marque pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service constitue un fait justificatif de l'usage de la marque d'autrui, à condition qu'il n'existe pas de risque de confusion (40) . Ainsi, l'analogie avec le droit des marques permettrait de considérer que la référence faite par le pointeur du lien à un droit appartenant à un tiers pourrait être justifiée et échapper à des sanctions, dès que le lien est bien utilisé à titre informatif pour indiquer à l'internaute le chemin conduisant au site du titulaire du droit visé par le lien (41) . Par

conséquent, la reproduction d'un signe protégé est licite et peut également être revendiquée sur le fondement de la liberté d'expression (42) . L'interactivité implique la libre liaison des sites, ce qui doit donc conduire à minorer toute revendication paralysant l'établissement des liens hypertextes, en particulier les revendications émanant de titulaires de droits de propriété intellectuelle (43) . Pourtant, une autre hypothèse fait apparaître la tentation de créer des liens reproduisant des droits de tiers : il s'agit grâce à ces liens d'opérer le référencement d'un site grâce à des mots-clés contrefaisants ou reproduisant les signes distinctifs d'autrui. La technique du lien hypertexte est alors utilisée pour désorienter l'internaute et instaurer une liaison perverse.

II. - ...À LA RÉGLEMENTATION D'UNE LIAISON PERVERSE

Les sites d'outils de recherche sont très visités par les internautes au point d'être un passage quasi-obligé pour trouver un site (44) . L'annonceur qui souhaite rendre son site plus fréquenté se procure alors des liens commerciaux auprès de ces outils de recherche (45) , tout particulièrement auprès de moteurs de recherche (46) . Le lien commercial opère un référencement (47) en faisant figurer le site relié dans la liste des sites proposés par le moteur de recherche en réponse à la requête de l'internaute. Ainsi, dans cette technique de liaison, le mécanisme du lien est inversé (48) : c'est le site relié à partir du moteur de recherche qui choisit le lien et notamment l'identifiant constitutif du lien. Il est donc possible par la manipulation de la technique du lien commercial de détourner l'internaute de l'itinéraire recherché en créant une confusion avec une autre entreprise. Aussi, si le client qui a choisi l'identifiant constitutif du lien est sanctionné (49) , la difficulté est de déterminer le rôle et la part de responsabilité des moteurs de recherche (50) . Or, loin d'être clairement délimité, le rôle des moteurs de recherche fait l'objet de nombreuses décisions disparates. Si la qualification de la fourniture de liens commerciaux semble à peu près se stabiliser (A), le régime de responsabilité actuellement retenu est très critiquable (B).

A. - La qualification de l'activité de fourniture en matière de liens commerciaux

La jurisprudence peine à dégager un statut uniforme s'agissant de la qualification de l'activité de fourniture de liens commerciaux, et les décisions sont encore contradictoires (51) .

La qualification d'hébergeur est rejetée par la jurisprudence, et cette solution doit être retenue quel que soit le rôle actif ou passif du fournisseur dans le choix des mots-clés. Selon l'article 6 I 2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004, ces personnes désignées comme les intermédiaires techniques n'engagent pas leur responsabilité civile « *du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». L'analogie avec le régime favorable des hébergeurs n'est pas souhaitable en raison des différences de nature entre l'activité de prestataire de liens commerciaux et les activités de fourniture d'accès et d'hébergement visées par la loi. Pourtant, les fournisseurs de liens commerciaux revendiquent l'application de cette loi devant les juridictions afin de bénéficier de l'application du régime favorable de responsabilité par rapport à celui de droit commun. Les juridictions ont toujours refusé d'assimiler le fournisseur de liens au

fournisseur d'accès ou d'hébergement (52) et refuse de qualifier ces prestataires comme étant des prestataires techniques. Il en résulte que les prestataires de positionnement payant par lien hypertexte sont soumis au régime de droit commun de la responsabilité (53) .

Si la qualification de la fourniture de liens commerciaux semble à peu près se stabiliser, le régime de responsabilité actuellement retenu est très critiquable.

L'assimilation n'est pas souhaitable, et le caractère automatique de la prestation et l'absence de suggestion dans le choix des mots-clés de la part de Google ne suffit pas pour rapprocher les activités de fourniture de liens et d'hébergement et pour modifier la qualification de Google à ce titre-là. Cependant, cette solution est parfois encouragée par la doctrine (54) et certains États, comme l'Espagne, ont choisi d'opérer cette qualification d'hébergeur à l'égard des fournisseurs de liens commerciaux. Des différences de qualification apparaissent, et au niveau européen, il serait sans doute utile qu'un texte permette une harmonisation des solutions. Si l'on écarte la qualification d'intermédiaire technique, il s'agit alors de déterminer la qualification applicable aux fournisseurs de liens commerciaux.

Actuellement, la qualification retenue par la jurisprudence est celle de régie publicitaire (55) . Le but de cette activité de positionnement par liens hypertextes est d'effectuer un référencement afin de promouvoir le site du client en permettant l'accès direct à son site.

La fonction du lien commercial est d'inciter l'internaute à cliquer sur le lien afin de se rendre sur le site de destination de l'annonceur sur lequel l'activité de l'annonceur est vantée.

Ainsi, selon la jurisprudence, les sociétés ont, « *à partir des données à la constitution desquelles elles ont joué un rôle actif, diffusé des messages publicitaires sous forme de liens commerciaux au profit d'annonceurs qui les rémunèrent pour la diffusion, ce qui constitue une activité de régie publicitaire à l'occasion de laquelle elles peuvent engager leur responsabilité sur le fondement du droit commun* » (56) . Les tribunaux relèvent traditionnellement le rôle actif du fournisseur de liens dans le choix par l'annonceur des mots-clés (57) , l'objectif étant par cette suggestion d'« *aider à améliorer la pertinence de l'annonce* » (58) . Ce concours apporté au client en fonction de son activité, ou l'absence de toute assistance ne doit pas interférer dans la qualification du fournisseur de liens : seule l'activité publicitaire doit permettre de déterminer la qualité du fournisseur de liens sponsorisés (59) .

La jurisprudence majoritaire a cerné de manière satisfaisante la prestation des moteurs de recherche s'agissant de la fourniture des liens commerciaux en activité publicitaire (60) , ce qui permet de mettre en avant sa particularité. Si cette qualification est d'un intérêt certain à l'égard du client, il n'en est pas de même à l'égard des tiers et il reste à ce titre à leur conférer un régime juridique adapté à leur activité.

B. - Vers une responsabilité systématique du moteur de recherche en matière de liens commerciaux

L'inflation du contentieux (61) face à cette nouvelle forme de publicité est telle qu'il existe aujourd'hui un important débat quant à l'avenir même de cette publicité. Aussi, il est nécessaire d'identifier les critères

jurisprudentiels de mise en œuvre de la responsabilité des moteurs, car le fournisseur de liens se voit systématiquement assigné (62) et sa responsabilité est automatiquement engagée. Au départ, la jurisprudence a fait preuve d'une certaine souplesse et n'engageait guère la responsabilité du moteur en raison de la fourniture des mots-clés (63). Le moteur de recherche fonctionne au moyen d'une indexation automatique des ressources récupérées par des logiciels sur l'internet, et un fonctionnement technique normal était une cause d'irresponsabilité (64). Aujourd'hui, le caractère largement automatisé des achats de liens commerciaux n'écarte pas la responsabilité des fournisseurs (65) qui ne doivent pas se réfugier derrière une contrainte technique pour échapper à sa responsabilité (66).

Actuellement, dans une large majorité (67), les décisions prononcent la condamnation des moteurs de recherche (68), mais la jurisprudence est critiquable en premier lieu car elle retient majoritairement la qualification de contrefaçon à l'encontre du moteur de recherche, lorsqu'un annonceur choisit comme mot-clé la marque d'un concurrent (69). La justification de la contrefaçon est difficile à admettre en l'absence de rapport de concurrence entre le moteur de recherche et le titulaire de la marque, et l'on voit mal en quoi le principe de spécialité serait dans cette hypothèse applicable (70). Les juges passent souvent rapidement sur cette question pourtant cruciale (71), ou peinent à convaincre (72). La qualification de contrefaçon est inadéquate à l'égard du fournisseur de liens (73), et ces solutions ne sont pas satisfaisantes (74). Le parasitisme est pour nous plus adapté pour refléter le rapport extra-concurrentiel qui existe entre le titulaire du droit visé par le lien et le fournisseur du lien litigieux qui profite parfois indûment des droits d'autrui. Aussi, il faut se féliciter qu'un certain nombre de décisions condamnent le fournisseur de liens sur un fondement différent de la contrefaçon (75), et notamment sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle de droit commun (76) et de droit spécial en cas d'usage injustifiée d'une marque notoire (77).

Il est nécessaire d'identifier les critères jurisprudentiels de mise en œuvre de la responsabilité des moteurs, car le fournisseur de liens se voit systématiquement assigné et sa responsabilité est automatiquement engagée.

La jurisprudence est critiquable en second lieu en ce qu'elle impose ainsi une responsabilité automatique du moteur du fait de la réservation des liens commerciaux litigieux par le client (78). La condamnation est souvent assujettie au rôle actif du prestataire dans le choix des mots-clés (79). Certaines décisions précisent que la responsabilité est engagée en raison de l'absence de vérification préalable à la réservation (80) qui paraît exigée au cas par cas (81). Autrement dit, tout autre système global de filtre serait inutile, ce qui est tout de même regrettable (82).

Des décisions récentes posent quant à elles une responsabilité automatique du moteur de recherche dès que le mot-clé réservé porte atteinte à un droit antérieur : le moteur voit sa responsabilité engagée à raison de la simple réservation d'un mot-clé par l'annonceur. Selon les juges, le moteur dispose d'une alternative qui consiste à assumer l'intégralité des conséquences de son activité ou à y renoncer (83).

Ainsi, la jurisprudence a évolué vers plus de sévérité en mettant à la charge des fournisseurs des obligations alourdies : le moteur devient responsable de plein droit du fait de l'annonceur, et il ne pourra arguer d'aucun élément pour écarter sa responsabilité (84) . Le fournisseur de liens ne peut être responsable du seul fait du choix d'un mot-clé litigieux par son client. En effet, les fournisseurs d'outils de recherche ne peuvent effectuer des recherches exhaustives d'antériorité quant aux mots-clés dont ils permettent la réservation. Une telle vérification paraît impossible à réaliser en pratique, et l'exigence de ce type de contrôle effectué lors de la réservation des mots-clés, avant tout litige, est irréaliste (85) . Ce devoir de recherche d'antériorité est très lourd (86) et impliquerait des moyens disproportionnés avec le service proposé (87) . En outre, il est préférable de ne pas imposer un devoir général de surveillance des mots-clés choisis aux fournisseurs de liens commerciaux. Ces derniers sont des opérateurs privés qui n'ont pas à interférer dans des choix relevant de la liberté d'expression (88) .

Face aux tâtonnements de la jurisprudence, la situation des fournisseurs de liens semble difficilement tenable et sans issue actuellement (89) . Le droit semble être dépassé par la technique, mais cela ne doit pas pour autant conduire au rejet en bloc de cette nouvelle forme de publicité. Entre la position intransigeante des juridictions et la persistance des activités décriées, la mise en place d'une solution équilibrée est indispensable, et elle consisterait à retenir une voie médiane pour engager la responsabilité des fournisseurs de liens commerciaux.

Aussi, à une responsabilité automatique est préférable une responsabilité à géométrie variable en fonction du rôle effectif du prestataire de référencement. La faute consiste à jouer un rôle actif par la suggestion de mots-clés qui seule constituerait un critère de responsabilité du fournisseur de liens (90) . Le fournisseur doit être responsable lorsqu'il a participé au choix du mot litigieux (91) . Toute suggestion n'est pas fautive, mais comme le fournisseur n'a pas la possibilité de garantir de manière absolue que les mots-clés proposés ne portent pas atteinte à un droit antérieur, il est préférable qu'il s'abstienne de toute suggestion.

À une responsabilité automatique est préférable une responsabilité à géométrie variable en fonction du rôle effectif du prestataire de référencement.

Ainsi, c'est le mode opératoire du fournisseur de liens qui détermine sa faute et sa responsabilité : le comportement fautif n'est pas inhérent à l'activité de fourniture de liens commerciaux. Par conséquent, une analyse de la prestation doit être effectuée afin de mettre en lumière le comportement actif par la suggestion de mots-clés, et une éventuelle faute du fournisseur de liens. Cette exigence de neutralité de la part du moteur de recherche est une solution provisoire. À terme, l'adoption d'un statut légal des fournisseurs de liens est préférable au vu de la jurisprudence chaotique en la matière. La jurisprudence française s'oriente vers une responsabilité systématique des fournisseurs de liens commerciaux : autant dire qu'elle s'éloigne de la solution retenue par certains États, ce qui rend encore plus souhaitable une intervention européenne, ou à défaut nationale, en matière de responsabilité du fait des hyperliens (92) .

L'adoption d'un régime légal de limitation de responsabilité des fournisseurs de liens est souhaitable, à l'image de celui des hébergeurs (93) : les fournisseurs de liens qualifiés de régies publicitaires, et non d'hébergeurs, pourraient alors bénéficier d'un régime de responsabilité dérogatoire calqué sur celui des hébergeurs.

Leur responsabilité ne pourrait être engagée du seul fait de l'atteinte portée par des liens commerciaux à des droits antérieurs.

Ce n'est qu'après avoir été informé par le titulaire du droit au moyen d'une notification que le fournisseur aurait l'obligation de retirer les liens litigieux. Un défaut de réaction permettrait alors de prouver sa connaissance du lien illicite et pourrait permettre d'engager sa responsabilité.

Cependant, dans l'attente d'un texte national ou européen, le droit commun de la responsabilité apparaît tout à fait adapté. Il permettrait de sanctionner les utilisations de tout lien visant à désorienter l'internaute.

Le droit n'a pas fini de s'adapter à cette technique nouvelle et originale du lien qu'il est déjà sollicité pour appréhender de nouvelles innovations technologiques, à l'image des flux RSS. L'internet apparaît plus que jamais comme mouvant et renouvelant sans cesse les défis passionnants pour le juriste.

(1)

En ce sens, CA Aix-en-Provence, 5^e ch., 10 mars 2004, RLDI 2005/1, n° 12, p. 21, obs. Costes L.

(2)

Larrieu J., Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité, Expertises 2001, n° 250, p. 257.

(3)

En ce sens, Le Tourneau Ph., Contrats informatiques et électroniques, Dalloz référence, 4^e éd. 2006, n° 0.5.

(4)

Les tribunaux ont relevé très tôt l'intérêt des liens hypertextes pour le réseau internet, voir not., TGI Nice, 7 févr. 2006, D. 2006, AJ, p. 575, obs. Manara C. ; TC Nanterre, réf., 11 déc. 2000, Comm. comm. électr., 2001, comm. n° 100, note Le Stanc C.

(5)

Le lien serait rétif à toute tentative de définition : Sardain F., Liens hypertextes, J-Cl. Communication, Fasc., 4730, 2005, n° 2.

(6)

Forum des droits de l'internet, Recommandation de mars 2003, « *Hyperliens : statut juridique* », <www.foruminternet.org>.

(7)

Pour un rappel des différentes catégories de liens, le lien interne est celui qui renvoie à une ressource située à l'intérieur du site consulté, alors qu'un lien externe pointe vers une ressource extérieure au site. Le lien simple conduit l'internaute à la page d'accueil d'un autre site, le lien profond pointant dans les pages intérieures du site lié. Le lien avec cadre, aussi appelé *framing*, permet d'accéder à la page d'un site alors que la fenêtre du site d'origine est maintenue : la ressource du site cible apparaît alors au sein de la fenêtre du site d'origine. Lorsque cette technique du *framing* s'accompagne du procédé du lien profond, l'internaute ne s'aperçoit pas qu'il a changé de site et que la ressource qu'il consulte provient d'un autre site. Avec les liens commerciaux aussi appelés sponsorisés, les titulaires de sites réservent des mots-clés auprès d'outils de recherche qui procèdent alors à un référencement du site à partir des mots-clés choisis. L'internaute interroge le moteur de recherche avec des requêtes et lorsque ces dernières correspondent à des mots-clés réservés, le lien commercial sera affiché de manière privilégiée par rapport aux autres résultats générés par la requête.

(8)

Critiquant l'analyse juridique « *selon laquelle il existerait une différence de nature, et donc de régime juridique, entre les liens hypertextes simples et les liens dits "profonds", laquelle justifierait que les premiers soient exempts de tout vice et les autres voués aux gémonies* » : Giusti J., Du bon usage du référé, Legalis.net 2001-2, p. 113, spéc. p. 119.

(9)

CA Paris, 19 sept. 2001, Comm. comm. électr. 2002, comm. n° 3, obs. Caron Ch. ; Expertises 2002, n° 258, p. 149, obs. Larrieu J.

(10)

Pour un rejet de la demande de marque communautaire portant sur le terme anglais de lien : TPICE, 26 oct. 2000, Comm. comm. 2001, n° 2, p. 28, note Caron Ch. : pour justifier son rejet, « *le Tribunal relève que le terme "link" est l'un des seuls disponibles pour désigner la caractéristique essentielle de cette technologie de la communication* » et « *qu'il doit être considéré comme générique dans ce contexte* ». Une demande de brevet portant sur le mécanisme des liens hypertextes a également été rejetée.

(11)

Lucas A., Droit d'auteur et numérique, Litec 1998, p. 28, n° 50.

(12)

Aussi, le recours au droit d'auteur ne semble pas pertinent car le lien hypertexte manquera le plus souvent d'originalité. Voir *contra* : Gilliéron Ph., Propriété intellectuelle et Internet, Cédidac 2003, n° 421 : des liens figuratifs pourraient faire l'objet d'une protection.

(13)

En ce sens, voir Vivant M. et *alii*, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 2008, n° 2496 : la protection du lien hypertexte par le droit d'auteur pourrait uniquement être envisagée à l'image de la protection que l'on a pu reconnaître à un circuit de randonnée pédestre ; le parcours entre les sites tel qu'envisagé par le lien serait alors protégeable à condition d'être original. Aussi, le droit d'auteur apparaît peu pertinent.

(14)

Les qualifications « *traditionnelles* » étant inadaptées, un rapprochement peut être réalisé avec la note de bas de page, car le lien hypertexte porte la référence à un document, à l'image d'une note de bas de page. Cependant, si la note de bas de page peut préciser une simple référence, elle peut aussi en développer le contenu et devient alors « (...) *une indication faite pour comprendre, réfléchir, s'instruire, en corrélation avec un premier propos* » : Gautier P-Y., La note de bas de page chez les juristes, *Liber amicorum* Ph. Malaurie, Defrénois 2005, p. 283, spéc. n° 2. Le lien n'est qu'une passerelle vers un contenu et le lecteur doit cliquer sur le lien pour y accéder : le lien ne procure en soi aucun éclaircissement. Le parallèle avec la note de bas de page tourne court.

(15)

En ce sens, Forum des droits de l'internet, précité.

(16)

Évoquant le silence des textes : Feral-Schuhl C., Quels droits ? Quelles obligations ?, Legalis.net 2002, p. 52.

(17)

Pour une étude des risques présentés par les liens hypertextes, voir not., Verbiest T., Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites Web ?, <www.juriscom.net>, 9 mai 2000 ; Varet V., Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, LÉGIPRESSE 2002, n° 196, II, p. 139.

(18)

TC Nanterre, réf., 8 nov. 2000, JCP ent. 2002, chr. n° 73, n° 16.

(19)

TC Paris, réf., 26 déc. 2000, D. 2001, AJ p. 1389, obs. Manara C. ; Comm. comm. électr. 2001, n° 3, n° 21, note Caron Ch.

(20)

Bibent M., Le droit du traitement de l'information, Cacaly S. (ss. dir.), Armand Colin 2005, spéc. p. 112 ; Hollande A. et Zuker C., Précautions juridiques en matière de conception de liens hypertextes, Comm. comm. électr., 2001, n° 1, Fiche pratique, p. 8 ; voir égal. la recommandation du Forum des droits de l'internet.

(21)

Ce conseil d'obtenir l'autorisation du site cible serait tombé en désuétude : Thoumyre L., Liens hors-la-loi, <www.juriscom.net>, sept. 1998.

(22)

Ce que le Tribunal de commerce de Paris a précisé en évoquant la nécessité « *du respect incontournable des lois et règlements qui régissent le droit de la propriété intellectuelle* » : T. com. Paris, réf., 26 déc. 2000, précité.

(23)

La recommandation du Forum des droits de l'internet met particulièrement en avant le respect du droit d'auteur en précisant que le poseur de lien doit obtenir l'autorisation des auteurs lorsque son lien mène à un contenu protégé. Or, en pratique, l'autorisation n'est guère sollicitée par le créateur de liens.

(24)

Gaudrat Ph., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p. 10.

(25)

En effet, l'affichage à l'écran d'éléments protégés ne constituerait pas une communication induite au public et serait donc une utilisation licite de l'œuvre. Voir not. en ce sens, Larrieu J., Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité, précité, spéc. p. 259 ; Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, précité, n° 2507.

(26)

En ce sens, Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Comm. com. électr. 2005, n° 6, étude 21 ; Vercken G. et Vivant M., Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes

et pistes nouvelles, CDE 2000, n° 2, p. 18, n° 10 ; Dimeglio A, Le renvoi à la page Web d'un tiers, par un lien hypertexte, est-il ou non constitutif d'un acte de contrefaçon ?, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 1999, n° 114, p. 20.

(27)

Garnier E., Bilan des litiges relatifs à la responsabilité civile et pénale des créateurs de liens hypertextes abusifs ou pointant vers des sites illicites, Gaz. Pal. 12 oct. 2004, n° 286, p. 32.

(28)

Voir CA Paris, 19 sept. 2001, précité.

(29)

Larrieu J., Droit de l'internet, Ellipses 2005, p. 130.

(30)

La jurisprudence retient la complicité de contrefaçon pour fourniture de moyens à l'encontre de la personne créant des liens qui pointent vers des sites de téléchargement illicite. Voir par ex., CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, Gaz. Pal., 23-25 janv. 2005, p. 41, note Barbry E. et Fiévée A. ; RLDI 2005/1, n° 12 ; Legalis.net, 2004/4, p. 104.

(31)

CA Paris, 19 sept. 2001, précité : « (...) *il en est toutefois autrement lorsque la création de ce lien procède d'une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine* ».

(32)

CE, 7 sept. 2007, Comm. comm. électr. 2007, n° 10, comm. 140, Caprioli E. : commet une faute l'administrateur du site d'une école en créant un lien entre le site de l'école et un site anarchiste à des fins de prosélytisme ; voir égal., Fabre C., Y a-t-il une morale dans l'affaire *Yahoo* ?, Expertises 2001, n° 246, p. 107.

(33)

En effet, si la connaissance du contenu illicite doit être prise en considération, l'établissement d'un lien peut aussi avoir pour but la dénonciation de pratiques ou de propos tenus sur le site cible. En ce sens, Lucas A., Devèze J. et Frayssinet J., Droit de l'informatique et de l'internet, PUF, Thémis, 2^e éd. 2001, n° 700.

(34)

Ainsi, la catégorie des liens profonds et cadres n'est pas en soi illicite : voir Larrieu J., Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité, précité, spéc. p. 261 : « *Pour éviter ce reproche, l'auteur du lien fera apparaître sur l'écran de l'internaute un message l'avertissant qu'il se trouve à présent sur un autre site, et lui proposant de faire disparaître sa propre fenêtre et de quitter ses pages par un simple clic sur l'icône appropriée* ». Dès que le lien profond et cadre permet un usage anormal du contenu du site cible, sa création

est condamnable. Pour une condamnation au titre de la concurrence déloyale pour dénigrement : CA Paris, 19 sept. 2001, précité.

(35)

En ce sens, Thoumyre L., L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2003, n° 157, p. 3, spéc. p. 4.

(36)

TGI Paris, réf., 8 janv. 2001, Comm. comm. électr. 2001 n° 5, n° 46, note Le Stanc C.

(37)

CA Paris, 8 sept. 2004, PIBD 2004, III, p. 657.

(38)

TGI Paris, 14 nov. 2001, PIBD 2002, III, p. 255.

(39)

Considérant que l'étude des liens hypertextes selon les catégories de liens ou selon les titulaires de droit n'est pas souhaitable, parce que « *le droit, a fortiori celui de l'internet, ne doit pas être prisonnier de la technique (sous peine d'être dépassé sitôt après avoir été adopté)* », in Sardain F., précité, n° 5.

(40)

CA Paris, 19 oct. 2001, précité : la contrefaçon est retenue en l'absence de référence nécessaire à la marque du concurrent reproduite par le lien hypertexte.

(41)

La référence ne doit pas être utilisée pour promouvoir la commercialisation de biens concurrents à ceux du titulaire du droit litigieux : TGI Paris, 5 sept. 2001, Expertises 2001, p. 391 : il y a contrefaçon par reproduction par le lien hypertexte, car l'exploitation du lien reproduisant la marque « *est bien effectuée à des fins commerciales, et non dans le seul but désintéressé d'informer l'utilisateur* ».

(42)

Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Comm. comm. électr., 2005, n° 6, étude 21.

(43)

Faisant appel au raisonnable pour réguler l'internet : Vivant M., De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'internet, Mélanges, L. Mehl, Doc. fr., 1999, p. 153, spéc. p. 164.

(44)

Parmi les internautes français, 99,2 % auraient recours à un instrument de recherche sur l'internet : Tellier-Loniewski L. et Pradère S., Moteurs de recherche et navigation sur internet : les risques d'atteinte aux droits des tiers (1^{re} partie), GP, 16 oct. 2001, n° 289, p. 28.

(45)

Concernant le portail, il s'agit d'y regrouper les références de sites en proposant un accès direct à ces sites par des liens hypertextes : Van Eeckhout A. et Farasse F-X., Le contrat de référencement, un gage de sécurité pour le portail ?, Revue des Contrats 2004, n° 2, p. 502.

(46)

Le moteur de recherche peut lui-même assurer cette activité publicitaire ou la confier à une autre entreprise. Pour une présentation détaillée de l'activité de référencement, voir : Fabre C., Moteur de recherche et positionnement payant par lien hypertexte publicitaire : qualification juridique et responsabilité (1^{re} partie), Expertises 2005, p. 340, spéc. p. 341.

(47)

À propos des contrats de référencement, voir not., Le Tourneau Ph., précité, n° 11 et s. ; Larrieu J., Droit de l'internet, précité, p. 106 ; Fabre C., Moteur de recherche et positionnement payant par lien hypertexte publicitaire : qualification juridique et responsabilité, précité (1^{re} partie), p. 340, et (2^e partie) Expertises 2005, p. 376 ; Larrieu J., Liens sponsorisés : quels risques pour les moteurs de recherche... et pour les autres ?, Expertises 2004, p. 55 ; Diméglio A., Les contrats de référencement dans l'internet, Comm. comm. électr. 2001, n° 3, p. 14.

(48)

Faisant le parallèle entre la manipulation d'un lien commercial par un concurrent et le couponnage électronique : Marino L., Internet et concurrence déloyale, Comm. comm. électr. 2007, n° 10, étude 27, spéc. n° 14.

(49)

La sanction du créateur du lien commercial litigieux est retenue sur le fondement de la contrefaçon en cas d'atteinte à une marque : CA Paris, 14 mars 2001, Comm. comm. électr. 2002, n° 3, note Caron Ch. Cette solution qui semblait acquise vient d'être remise en cause : TGI Strasbourg, 20 juill. 2007, RLDI 2008/34, n° 1128, note Tardieu-Guigues E. ; Tréfigny P., Propr. ind., 2007, n° 10, comm. 87 : selon cette décision, l'annonceur ne commet pas une contrefaçon de marque, car « *l'usage de la marque (...) n'a pas eu pour effet de désigner les produits commercialisés (...), mais était seulement destiné à orienter les recherches des internautes vers le site desdites sociétés (...)* ». Ce jugement condamne ensuite l'annonceur sur le fondement de la concurrence déloyale et parasitaire. Cette solution est critiquable car le choix de la marque d'un concurrent à titre de mots-clés correspond à un acte d'usage de la marque dans la même spécialité et est donc constitutif d'une contrefaçon. Critiquant l'exclusion de la contrefaçon à l'égard de l'annonceur, E. Tardieu-Guigues, note précitée. Pour une usurpation de noms commerciaux et de noms de domaine sanctionnée pour concurrence déloyale, voir TC Paris, 5 oct. 2005, RLDI 2006/12, n° 348.

(50)

La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique prévoyait en son article 21 que la Commission devait, avant le 17 juillet 2000, présenter un rapport sur les évolutions à apporter au texte de la directive afin de prendre en considération la question des liens hypertextes, et en particulier leur responsabilité.

(51)

Matakovic S., Quel statut pour Google ?, RLDI 2008/35, n° 1163, p. 12.

(52)

TGI Paris, 4 févr. 2005, Expertises 2005, p. 348 : conformément au site de Google, il faut distinguer « *une activité de moteur de recherche qui n'est pas ici en cause, et une activité bien distincte, commerciale, de prestataires de services publicitaires qu'elle dénomme d'ailleurs elle-même activité publicitaire* ».

(53)

Voir cependant pour une assimilation à une activité d'hébergement de données : TGI Strasbourg, 20 juill. 2007, RLDI 2008/34, n° 1128, note Tardieu-Guigues E. ; Tréfigny P., Propr. ind. 2007, comm. 87 ; Tréfigny P., Les liens commerciaux : et si c'était la solution ? Quoique..., Propr. ind. 2007, comm. 87. La solution serait justifiée par le fait que Google n'intervient plus dans le choix des mots-clés et se limite à réserver les mots choisis par le client. Le prestataire agit alors comme un simple intermédiaire qui stocke divers éléments sans intervention de sa part. Le prestataire bénéficie alors de la protection de l'article 6-2° de la loi LCEN du 21 juin 2004 et n'engage sa responsabilité que si, informé du caractère illicite de l'activité concernée, il n'agit pas promptement. En l'espèce, le moteur de recherche prévenait ses annonceurs quant à la vérification des mots-clés afin qu'ils ne portent pas atteinte aux droits des tiers ; en outre, un système de filtrage des mots-clés avait été mis en place. C'est pourquoi les juges ont considéré que le moteur n'a pas commis de faute susceptible d'engager sa responsabilité. À notre avis, la responsabilité pouvait être écartée sans que la qualification d'hébergeur soit nécessaire.

(54)

Considérant que le fournisseur de lien hypertexte ne devrait pas être tenu plus lourdement qu'un fournisseur d'hébergement : Tellier-Loniewski L. et Pradère S., (2^e partie), précité, p. 19 ; Le Tourneau Ph., précité, n° 11.6.1 : « *Les règles élaborées à propos de la responsabilité des hébergeurs peuvent être transposées aux titulaires de moteurs de recherche ou d'annuaires* ».

(55)

TGI Paris, 4 févr. 2005, <www.juriscom.net> : le lien commercial est qualifié de publicité ; voir égal., TGI Paris, 8 déc. 2005, RLDI 2006/14, n° 409 ; Propr. ind. 2006, comm. 24.

(56)

CA Aix-en-Provence, 6 déc. 2007, RLDI 2008/34, n° 1137, obs. Auroux J.-B. ; reprenant la même formulation voir, CA Aix-en-Provence, 18 janv. 2008.

(57)

Voir not., TGI Paris, 4 févr. 2005, <www.juriscom.net> ; TGI Nanterre, 16 nov. 2004, Expertises 2005, n° 289, p. 49.

(58)

Fabre C., Moteur de recherche et positionnement payant par lien hypertexte publicitaire : qualification juridique et responsabilité (1^{re} partie), précité, spéc. p. 342.

(59)

Voir la proposition de qualifier le fournisseur de liens en un intermédiaire technique actif, afin d'augmenter ses engagements : Matakovic S., Quel statut pour Google ?, RLDI 2008/35, n° 1163, spéc. p. 16.

(60)

Voir, cependant, pour une qualification du fournisseur de liens sponsorisés en simple prestataire technique : TC Paris, 31 oct. 2007, cité par S. Matakovic, Quel statut pour Google ?, précité n° 1163.

(61)

L'enjeu économique est tel que les acteurs principaux préfèrent s'exposer à un contentieux nourri mais qui se révèle particulièrement rentable : Matakovic S., précité : « *Google concentre plus de 90 % des parts de marché s'agissant de la publicité par liens sponsorisés* ».

(62)

Sa mise en cause est légitime mais elle ne doit pas se substituer à celle de l'annonceur qui doit répondre, en tant que professionnel, de son choix de mots-clés avant toute autre personne. CA Paris, 1^{er} févr. 2008, ? : pour une solution incohérente retenant la contrefaçon à l'égard de Google du fait de la réservation des mots-clés portant atteinte à une marque ; mais rejetant toute contrefaçon de la part de l'annonceur qui utiliserait licitement les marques litigieuses à titre de référence nécessaire.

(63)

C'est le sens retenu par un certain nombre de droits étrangers, tels que le droit espagnol ou encore le droit américain ; il existe en effet une loi fédérale américaine qui pose comme principe l'absence de responsabilité du fournisseur de liens hypertextes en cas de contrefaçon ; voir aussi, TGI Hambourg, 21 sept. 2004, Comm. comm. électr. 2006, n° 2, alerte 47, veille par A. Brüning : l'utilisation d'une marque comme mot-clé dans le service *AdWords* de Google ne constitue pas une contrefaçon de la marque ni de la concurrence déloyale du fait de Google. Tout parasitisme est par ailleurs écarté, car les annonceurs « *ne proposaient que des alternatives aux consommateurs* » grâce aux liens commerciaux.

(64)

TGI Paris, 12 mai 2003, D. 2004, IR p. 1638 : l'exploitant d'un moteur de recherche n'est pas responsable, notamment parce qu'il ne choisit pas les mots-clés, et qu'il n'y a pas d'erreur dans le procédé technique de référencement. Il suffit qu'il procède à un déréférencement du site litigieux lorsqu'il a connaissance de son contenu.

(65)

TGI Nanterre, 13 oct. 2003, D. 2003, p. 2885, obs. Manara C. ; Comm. comm. électr. 2003, n° 119, note Caron Ch., Expertises 2003, p. 427, note Bouvier-Ravon S. (solution confirmée en appel : CA Versailles, 10 mars 2005, Legalis.net 2005/3, p. 37).

(66)

Ainsi, la société Google n'a pu s'exonérer en arguant du caractère automatique de ce service : TGI Nanterre, 14 déc. 2004, legalis.net.

(67)

Voir *contra*, TGI Nice, 7 févr. 2006, RLDI 2006/14, n° 410 : les liens publicitaires n'étaient pas de nature à induire en erreur ni à créer un risque de confusion, car « *l'usage des liens hypertextes est consubstantiel à internet, de sorte que les internautes ne sauraient se méprendre par principe sur leur utilisation* ». Cette analyse a pu être qualifiée de « *très optimiste* » par E. Dreyer, in Un an de droit de la publicité, Comm. comm. électr., 2006, n° 7, p. 7.

(68)

Par ailleurs, les juges refusent de reconnaître toute portée aux conditions générales d'utilisation des services des fournisseurs informant les annonceurs du nécessaire respect des droits des tiers par le mot-clé choisi.

(69)

Voir not., TGI Lyon, 13 mars 2008, <www.juriscom.net>.

(70)

Pour une condamnation écartée sur le fondement de la contrefaçon et retenue sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil : TGI Paris, 8 déc. 2005, précité : il semble en effet plus orthodoxe de considérer que l'usage de la marque par Google « (...) *ne s'accompagne d'aucune proposition de produits ou de services visés à l'enregistrement de la marque opposée mais participe d'une activité de prestataire de services de publicité ; que l'identité de produits ou services désignés dans l'enregistrement exigée par l'article L. 713-2 précité n'est donc pas réalisée* ».

(71)

CA Versailles, 10 mars 2005, précité : « *constitue une contrefaçon l'usage d'une marque, par l'exploitant d'un moteur de recherche, quel qu'en soit le motif, par exemple afin de permettre à des concurrents directs de son titulaire de proposer à des clients potentiels des produits ou services désignés dans l'enregistrement desdites marques* ».

(72)

Ainsi, le Tribunal de grande instance de Nanterre a considéré que « *le principe de spécialité se trouve par conséquent respecté, non pas au regard de la société Google, mais au regard de la finalité du mot-clé,*

qui utilise la marque d'autrui pour permettre à des concurrents du titulaire d'être identifiés comme des "équivalents", sur le marché concerné » : TGI Nanterre, 14 déc. 2004, Propr. ind. 2005, comm. 26, note Tréfigny P.

(73)

Considérant que la contrefaçon était applicable mais que les juges lui « *ont préféré la concurrence déloyale* » : Tréfigny P., Les liens commerciaux : et si c'était la solution ? Quoique..., note sous TGI Strasbourg, 20 juill. 2007, précité.

(74)

Voir encore les hésitations quant à la qualification de l'acte de contrefaçon : pour une incitation à l'usage de la marque d'un tiers : TGI Paris, 24 juin 2005, RLDI 2005/10, n° 283 ; ou la reproduction de la marque et l'usage de la marque reproduite : CA Aix-en-Provence, 6 déc. 2007, RLDI 2008/34, n° 1137, obs. J-B. Auroux.

(75)

Excluant la contrefaçon, TGI Paris, 12 juill. 2006, Propr. ind. 2006, n° 10, comm. 73, Tréfigny P., Un certain pragmatisme : les mots-clés sous surveillance.

(76)

Pour une condamnation de Google sur le fondement de la concurrence déloyale en tant que coresponsable avec l'annonceur : TC Paris, 24 nov. 2006, RLDI 2007/25, n° 803, Tardieu-Guignes E., Liens commerciaux : condamnation de Google en dehors du droit des marques, et RLDI 2007/24, n° 776, obs. J-B. Auroux.

(77)

C'est l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle qui permet dans ce cas de condamner le fournisseur de liens. Voir TGI Paris, 12 déc. 2007, RLDI 2008/34, n° 1136 : les juges écartent la contrefaçon mais retiennent l'usage injustifié de la marque renommée et le sanctionne sur le fondement de L. 713-5.

(78)

Voir une condamnation de Google pour la suggestion de mots-clés ayant un lien avec l'activité de ses clients à des fins commerciales : TGI Nanterre, 14 déc. 2004, Propr. ind. 2005, n° 4, comm. 26, note Tréfigny P.

(79)

Les moteurs suggèrent des mots-clés car leur rémunération dépend essentiellement du nombre de fois où les internautes actionnent le lien.

(80)

Voir *contra* relevant l'absence de contrôle par le moteur de recherche des mots-clés choisis par l'annonceur : TGI Paris, 8 déc. 2005, RLDI 2006/14, n° 409 ; Propr. ind. 2006, n° 3, comm. 24, P. Tréfigny.

(81)

TC Paris 24 nov. 2006, RLDI 2007/25, n° 803, E. Tardieu-Guignes, et RLDI 2008/24, n° 776, obs. J-B. Auroux ; TGI Paris 12 juill. 2006, Propr. ind. 2006, n° 10, comm. 73, Tréfigny P.

(82)

En effet, même si l'efficacité est loin d'être absolue, la mise en place d'un système de filtrage témoigne du souci d'écarter la réservation de certains termes. Aussi, si l'absence de mise en place d'un filtre ne constitue pas pour nous une condition autonome de la mise en jeu de la responsabilité du fournisseur, elle doit constituer un motif d'aggravation de la responsabilité du moteur dans le cas où cette responsabilité serait retenue. Voir égal. en faveur d'une prise en compte d'un système de filtre : Fabre C., Moteur de recherche et positionnement payant par lien hypertexte publicitaire : qualification juridique et responsabilité (2^e partie), précité spéc. p. 377 et s.

(83)

La formulation de ces décisions est extrêmement sévère à l'encontre des fournisseurs de liens commerciaux, voir : CA Aix-en-Provence, 6 déc. 2007, précité : les sociétés « *doivent répondre du choix qu'elles agrément, des mots-clefs (choix effectué par les annonceurs avec le concours des sociétés Google) et vérifier que la mise en ligne des liens commerciaux sponsorisés ne porte pas atteinte aux droits des tiers, sans pouvoir invoquer une soi-disant "impossibilité matérielle, juridique et économique" pour opérer une vérification a priori ; (...) qu'un empêchement de cette triple nature, à le supposer établi, ne peut exonérer un opérateur économique de toute responsabilité, mais le conduire à renoncer à cette activité ou bien, s'il persiste à la poursuivre, à en assumer les conséquences* » ; pour une formulation quasi-identique : CA Aix-en-Provence, 18 janv. 2008, <www.juriscom.net>.

(84)

Selon les juges, une « *impossibilité matérielle, juridique et économique* » ne peut exonérer le fournisseur de sa responsabilité : CA Aix-en-Provence, 6 déc. 2007, précité.

(85)

Voir *contra*, Le Tourneau Ph., précité, n° 11.6.1 : « *Les fautes commises (absence de contrôle préalable des mots clés réservés, absence de recherche sérieuse des droits éventuels des tiers sur ces signes, non-respect de l'obligation de mettre un terme aux agissements contrefaisants) engagent sa responsabilité* ».

(86)

En effet, les marques, notamment notoires, se prêtent à de telles recherches d'antériorité, mais il serait plus difficile de rechercher d'autres signes distinctifs et droits antérieurs. Évoquant une « *véritable usine à gaz* » plongeant le fournisseur de liens « *dans des conflits permanents (...)* » : Matakovic S., précité, spéc. p. 15.

(87)

En ce sens, TGI Strasbourg, 20 juill. 2007, précité : les juges relèvent qu'il est impossible d'effectuer un contrôle *a priori*, sauf à exiger des moyens disproportionnés avec le service proposé.

(88)

En ce sens, Tellier-Loniewski L. et Pradère S., Moteurs de recherche et navigation sur internet : les responsabilités encourues (2^e partie), GP, 24 janv. 2002, n° 24, p. 19 : en outre, les auteurs ne jugent pas satisfaisantes l'interdiction d'utiliser certains mots par les moteurs de recherche, « *car elle risque de pénaliser les sites dénonçant certaines pratiques ou soutenant les victimes de certains délits* ».

(89)

Évoquant la piste de solutions techniques « (...) *aujourd'hui encore à l'état d'étude, permettant de bloquer les liens non désirés par un dispositif à cet effet* » : Tellier-Loniewski L. et Pradère S., Moteurs de recherche et navigation sur internet : les risques d'atteinte aux droits des tiers (1^{re} partie), précité, p. 28.

(90)

TGI Nanterre, 14 déc. 2004, précité.

(91)

Fabre C., Moteur de recherche et positionnement payant par lien hypertexte publicitaire : qualification juridique et responsabilité (2^e partie), précité, p. 376.

(92)

En faveur de cette intervention, T. Verbiest, Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites Web ?, précité, spéc. n° 28.

(93)

Certains auteurs sont favorables à la création d'un régime dérogatoire de responsabilité : voir not. Van Eeckhout A. et Farasse F.-X., Le contrat de référencement, un gage de sécurité pour le portail ?, Revue des Contrats 2004, n° 2, p. 502.