

Le Forum des droits sur l'internet



www.foruminternet.org

SYNTHESE DE LA RECOMMANDATION

**QUELLE RESPONSABILITÉ POUR LES CRÉATEURS
D'HYPERLIENS VERS DES CONTENUS ILLICITES ?**

Rendue publique le 23 octobre 2003

Contact :
contact@foruminternet.org

La première recommandation du Forum des droits sur l'internet sur les hyperliens, « Hyperliens : statut juridique », posait le principe d'une « liberté de lier dans le respect du droit des tiers ». Ce principe constitue également le fil directeur de la présente recommandation qui porte sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens établis vers des contenus illicites.

Le groupe de travail est parti du constat qu'aucune des catégories définies au sein de la Directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 ne vise les créateurs d'hyperliens. Il a donc procédé à l'analyse du droit commun et de certains droits spéciaux (propriété intellectuelle et droit de la presse) pour dessiner le contour des obligations pouvant raisonnablement s'imposer à ces acteurs particuliers.

Ces obligations ont notamment été analysées en tenant compte du rôle et des particularités de chacune des deux grandes catégories de créateurs d'hyperliens répertoriées par le groupe de travail : les créateurs automatiques d'hyperliens (ex. les moteurs de recherche) et les créateurs manuels d'hyperliens (ex. l'éditeur d'un site web).

S'agissant des moteurs de recherche, par exemple, le groupe de travail a souhaité prendre en considération le rôle fondamental qu'ils jouent dans la société de l'information consistant à offrir des ouvertures « neutres » sur le web en indexant l'essentiel disponible suivant des critères objectifs et automatiques.

Il a néanmoins été rappelé que, comme tout intervenant dans la chaîne de transmission des informations vers les utilisateurs de l'internet, les moteurs de recherche devaient participer à la lutte contre les activités illicites, dans la mesure de leurs moyens et sans que leur fonction ne soit transformée.

Le groupe de travail n'a pu ignorer, non plus, les difficultés particulières afférentes au déréférencement : le coût de traitement qu'entraînerait de nombreuses demandes de désindexation et le fait que le déréférencement ne met pas fin, à lui seul, au trouble illicite.

L'objectif de la présente recommandation est donc de définir des moyens permettant de mettre fin à des troubles illicites constatés sur le web qui soient à la fois réalistes pour chacune des catégories de créateurs d'hyperliens et proportionnés au but recherché.

Il conviendra d'analyser ultérieurement les différentes options retenues par les Etats membres afin de s'assurer qu'elles n'aboutissent pas à des disparités de régime pouvant favoriser la délocalisation de certaines activités fondées sur les hyperliens (en particulier celle des moteurs de recherche).

La présente recommandation s'adresse aux créateurs d'hyperliens et aux victimes de contenus illicites et préjudiciables. Elle propose également une grille de lecture pour le juge.

A. - Définitions

Hyperlien : 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, conditions de présentation de la ressource liée.

Créateur automatique d'hyperliens : toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'internet. Exemple : les moteurs de recherche

Créateur manuel d'hyperlien : toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'internet. Exemple : les exploitants de sites web, les portails, les annuaires de recherche et, dans le cas des liens sponsorisés, les exploitants de moteurs de recherche.

B. - Recommandations aux créateurs d'hyperliens

1. - Recommandations aux créateurs automatiques d'hyperliens (les moteurs de recherche)

Le Forum des droits sur l'internet recommande à l'exploitant de tout service permettant la création automatique d'hyperliens :

- de ne pas recourir à l'utilisation d'un algorithme de recherche spécifiquement destiné à référencer des contenus illicites ;
- de procéder rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite¹ (avis divergent de l'AFA en annexe) ;
- d'offrir à l'auteur d'une page une possibilité d'obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, à travers une procédure permettant de s'assurer qu'il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

L'exploitant est libre de choisir une procédure de déréférencement adaptée au but à atteindre en fonction du mode de fonctionnement de son moteur.

Le propriétaire de la page a corrélativement l'obligation de respecter la procédure d'identification indiquée par le moteur de recherche. Il doit par ailleurs insérer une inscription (« tag ») dans le code source de sa page ou un fichier à la racine de son site interdisant l'indexation ultérieure des pages désignées sur les moteurs de recherche.

2. - Recommandations aux créateurs manuels d'hyperliens

Le Forum des droits sur l'internet recommande au créateur manuel d'hyperliens :

- de vérifier, avant la création d'un lien, la teneur du contenu de la page qu'il souhaite lier et, en cas de doute sur celui-ci lors de sa visualisation, qu'il examine

¹ Sont visées : la connaissance effective du caractère illicite d'un contenu et la connaissance effective de faits et de circonstances faisant apparaître ce caractère illicite. Il s'agit ici des critères de mise en œuvre de la responsabilité de l'hébergeur prévus par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Pour rappel, le Forum des droits sur l'internet a estimé, dans sa recommandation du 6 février 2003, que ces critères étaient inspirés du droit commun de la responsabilité civile : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

certaines éléments l'environnant (par exemple : page de garde ou pages mitoyennes accessibles, URL...);

- de conserver une certaine distance à l'égard des contenus susceptibles de causer un préjudice à un tiers. Le créateur d'un hyperlien doit, au minimum, s'abstenir de l'accompagner de commentaires qui manifesteraient son approbation vis-à-vis des contenus litigieux présents sur la page liée ;

Une telle distance ne saurait toutefois prémunir le créateur d'hyperlien contre des poursuites en contrefaçon pour les liens constituant des actes de complicité ou des actes matériels de contrefaçon (voir § D-3).

- qu'il procède rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite² (avis divergent de l'AFA en annexe) ;
- qu'il offre à l'auteur d'une page la possibilité d'obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, au besoin, pour les portails et annuaires de recherche, à travers une procédure permettant de s'assurer qu'il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

Le demandeur a corrélativement l'obligation de respecter la procédure d'identification indiquée par le créateur d'hyperliens et de fournir tous documents demandés par ce dernier, susceptibles de permettre l'identification.

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

C. - Recommandations aux victimes

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux victimes de contenus préjudiciables d'agir préalablement contre l'auteur direct de ce contenu (l'éditeur d'un site web, l'auteur d'un message...) et, dans les limites prévues par la loi, contre son hébergeur, lorsque l'un ou l'autre est facilement identifiable et atteignable.

Le Forum rappelle que toute action destinée à mettre fin à un trouble illicite doit, lorsqu'elle touche au domaine de la liberté d'expression, être proportionnée au but recherché. En conséquence, les victimes doivent veiller, au risque d'engager leur responsabilité civile, à ce que leurs demandes de déréférencement soient de nature à contribuer effectivement à mettre fin au trouble illicite.

Enfin, toute demande de déréférencement doit être précise et sérieuse, de telle manière qu'elle puisse être traitée par le créateur d'hyperliens :

- « précise » signifie qu'elle doit délivrer toute information permettant au créateur d'identifier le ou les liens visés ainsi que leur emplacement ;
- « sérieuse » signifie qu'elle doit apporter des éléments attestant du caractère illicite du contenu lié.

² Recommandation sur le « Projet de loi pour la Confiance dans l'économie numérique » du Forum des droits sur l'internet, 6 février 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

D. - Grille de lecture à l'attention du juge

1. - A propos de la mise en œuvre de la responsabilité pénale de droit commun

Le Forum des droits sur l'internet constate que la responsabilité pénale de droit commun de tout créateur d'hyperliens ne peut être engagée que s'il est prouvé qu'il avait l'intention de commettre une infraction à la loi ou de participer à celle-ci.

2. - A propos de la mise en œuvre de la responsabilité civile de droit commun

De manière générale, le Forum des droits sur l'internet estime qu'il doit être fait obligation à la victime de rapporter la preuve qu'elle est intervenue ou qu'elle a tenté d'intervenir contre l'éditeur et/ou l'hébergeur du site lorsqu'elle engage ou maintient toutes poursuites contre le créateur d'hyperliens.

S'agissant du **créateur automatique** d'hyperliens, le Forum des droits sur l'internet considère que les abstentions suivantes ne sont pas constitutives d'une faute ou d'une négligence susceptibles d'engager sa responsabilité civile :

- le fait de ne pas vérifier la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services ;
- le fait de ne pas avoir mis en place un procédé empêchant automatiquement, à l'aide d'un système de filtrage sur mots clés ou d'une autre technique automatique destinée à référencer des contenus, la fourniture d'hyperliens vers des contenus illicites, lorsque ce procédé peut conduire également à supprimer la fourniture de liens vers des contenus licites³.

S'agissant du **créateur manuel** d'hyperliens, le Forum des droits sur l'internet estime nécessaire :

- de considérer comme une faute ou une négligence le fait d'établir un lien vers des contenus qui peuvent raisonnablement être considérés par le créateur comme non conforme au droit et, le cas échéant, sans qu'il ait pris la distance nécessaire à l'égard des contenus susceptibles de causer préjudice à un tiers (le créateur d'un hyperlien doit, au minimum, s'abstenir de l'accompagner de commentaires qui manifesteraient son approbation vis-à-vis des contenus litigieux présents sur la page liée)⁴ ;
- de ne pas considérer comme une faute ou une négligence le fait de ne pas vérifier, après établissement de l'hyperlien, l'évolution du contenu du site ou de la page lié(e)⁵.

3. - Sur la mise en œuvre des responsabilités spéciales

Sans préjudice des actes relevant de la complicité, le Forum des droits sur l'internet considère que le créateur d'hyperliens n'est l'auteur principal d'un acte matériel d'une contrefaçon que lorsque :

- les liens sont établis vers des contenus contrefaits ; et
- la nature des liens correspond à l'une des hypothèses définies dans la recommandation « Hyperliens : statut juridique » où est mise en œuvre un acte de représentation (en annexe)⁶.

³ Cette recommandation ne doit pas aboutir, néanmoins, à décourager les éventuelles précautions proportionnées spontanément prises par les exploitants de moteurs de recherche.

⁴ Il est rappelé qu'une telle distance ne saurait prémunir le créateur d'hyperlien contre des poursuites en contrefaçon pour les liens établis sciemment vers des contenus portant atteinte à un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle.

⁵ L'absence d'obligation de vérification de l'évolution du site ne fait pas obstacle à l'obligation de supprimer les liens établis vers des contenus dont le créateur d'hyperliens a eu connaissance du caractère illicite.

Le Forum des droits sur l'internet ne considère pas le créateur d'hyperliens comme directeur ou co-directeur de la publication ou producteur au sens de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

*

* *

⁶ Recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>.

ANNEXE : TABLEAU DE SYNTHÈSE SUR LES PROBABILITÉS D'ATTEINTE AUX DROITS DES TIERS

Les probabilités pour que le lien hypertexte porte atteinte à un droit de propriété intellectuelle sont reportées dans les tableaux ci-dessous.

L'absence de point indique peu ou pas de probabilité de porter atteinte à l'un des droits exposés ci-dessous, les points blancs (o) indiquent une simple probabilité et les points noirs (●) expriment une probabilité plus forte.

I. LES RISQUES D'ATTEINTES A UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN FONCTION DE LA TECHNIQUE DU LIEN

Types de liens / Types d'atteintes	Simples	Profonds		Transclusions	
		Page*	Fichier**	Page*	Fichier**
Droit de reproduction					
Droit de représentation			o	●	●
Droit moral	o	o	o	o	o
Droit des marques					
Droit des bases de données				o	

II. LES RISQUES D'ATTEINTES A UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN FONCTION DE L'USAGE QUI EST FAIT DU LIEN

Types d'usages / Types d'atteintes	Multiples	Source dissimulée	Exploitation autonome
Droit de reproduction			
Droit de représentation			o
Droit moral		o	
Droit des marques			
Droit des bases de données	o		o

* **page ou page web** : document HTML accessible sur la Toile possédant une adresse propre. Un site web est généralement composé de plusieurs pages web.

** **fichier** : fichier téléchargeable ou exécutable de nature variée (word, pdf, image, son, vidéo, logiciel...) autre qu'une page web.

La lecture des deux tableaux se superpose, permettant ainsi d'envisager un cumul de probabilités.

Source : 1^{ère} recommandation sur les hyperliens : « Hyperliens : statut juridique »

POSITION DIVERGENTE DE L'AFA

I. S'agissant de l'application du droit commun

L'Association des Fournisseurs d'Accès et de Services Internet (AFA) retient le critère de l'intention de s'associer au contenu illicite vers lequel pointe le lien. Ce régime serait adapté à la neutralité des liens et permettrait l'application d'un même faisceau de critères, modulables en fonction de l'activité de tout créateur.

L'AFA pense que l'obligation de "procéder au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite", ne peut être mise à la charge du moteur ou du créateur manuel d'hyperliens sans autres précisions qu'un renvoi à la recommandation du FDI du 6 février 2003, pour les raisons suivantes :

a) Le moteur de recherche n'est pas un hébergeur au sens de la directive « Commerce électronique » qui l'exclut expressément de son champ d'application.

b) Le moteur de recherche qui supprimerait une occurrence illégale sur simple notification d'un plaignant empêchera la recherche des infractions en ligne, permettant ainsi à leurs auteurs d'agir impunément.

c) Les demandes qui leur seront notifiées concerneront tous types de contenus (atteintes à l'image, à la vie privée, ou au droit des marques⁷), alors qu'ils n'ont aucune compétence pour apprécier l'illicéité d'un contenu ou les limites de la liberté d'expression. L'obligation de désindexer un contenu sans préciser que celui-ci doit être manifestement illicite à leurs yeux mettrait donc en danger leurs activités :

- elle menace l'existence des prestataires dont l'activité est d'offrir des liens (portails, annuaires...). Leur pérennité dépendra de leur bonne ou mauvaise appréciation de la légalité d'un contenu tiers qui a évolué. Dès lors, la désindexation systématique des liens, source de financement, l'emportera sur le risque d'un procès trop coûteux ;
- elle dénature la mission du moteur de recherche, rappelé au sein de la présente recommandation, mettant ainsi en danger la libre circulation de l'information. Son activité portant sur l'hyperlien, lui-même neutre, le fait bénéficier d'une neutralité de même nature que celle du FAI.

c) L'exploitant d'un moteur de recherche n'a donc aucune obligation de désindexer une URL. L'AFA souligne d'ailleurs qu'une décision du juge ordonnant une telle désindexation, de même qu'une demande de désindexation sur notification, sera largement inefficace eu égard aux coûts de désindexation qui en résulteraient, car :

- la désindexation ne met pas fin au trouble illicite. Un contenu désindexé reste toujours accessible en ligne et réapparaît le plus souvent 5 minutes plus tard sous une URL différente, dans l'index du même moteur, et ceci surtout lorsque le contenu s'adresse sciemment à un public francophone. Ensuite, le contenu désindexé persiste parallèlement sur les autres moteurs de recherche français, francophones, étrangers, ainsi que sur divers sites, portails ou annuaires ;
- une multitude de demandes de désindexation induirait un coût de désindexation disproportionné à l'objectif à atteindre, compte tenu de cette inefficacité ;
- ce coût de désindexation serait enfin source de discrimination et d'inégalité économique fortement préjudiciable car seul le moteur français assigné aurait à le supporter, et non les autres moteurs français, francophones ou étrangers.

II. S'agissant de l'application du droit de la propriété intellectuelle

L'AFA souhaite qu'un lien pouvant porter atteinte à un droit de représentation et étant établi sur un contenu contrefaisant puisse bénéficier du régime de l'erreur de fait, le créateur de lien ayant sollicité l'autorisation d'établir le lien ne pouvant raisonnablement douter qu'il ne s'adressait pas à l'auteur de l'œuvre mais à son contrefacteur.

⁷Un prestataire d'annuaire membre de l'AFA a reçu de la part du « Comité officiel Geneviève et Xavier de Fontenay » une demande de désindexation du « Comité Miss France » supposé usurper la marque du premier. Le demandeur a fourni, à l'appui de sa demande, plusieurs jurisprudences lui faisant droit. L'exploitant de l'annuaire a donc procédé à la désindexation de ce site « comité Miss France ». Or, lors des championnats « Miss monde » suivants, la candidate choisie pour la France a été celle du « Comité Miss France » et non celle du « Comité officiel Geneviève et Xavier de Fontenay ». L'exploitant de l'annuaire a appris à cette occasion que la bataille juridique concernant la marque datait de 1956 et n'était toujours pas tranchée définitivement.