

INSTITUT DE RECHERCHE ET D'ÉTUDES
EN DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION
Université d'Aix-Marseille III, Faculté de droit et de science politique

Le droit des liens hypertexte

Mémoire de DEA Droit des médias

Par Rubin SFADJ,

Sous la direction de M. le Professeur Jean FRAYSSINET

INSTITUT DE RECHERCHE ET D'ÉTUDES
EN DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION
Université d'Aix-Marseille III, Faculté de droit et de science politique

Le droit des liens hypertexte

Mémoire de DEA Droit des médias

Par Rubin SFADJ,

Sous la direction de M. le Professeur Jean FRAYSSINET

Sommaire

Introduction

Première partie :

La responsabilité du fait du lien lui-même

Chapitre 1 :

Les problèmes juridiques

Section 1 :

Le lien hypertexte et le droit d'auteur

Section 2 :

Le lien hypertexte et la concurrence

Chapitre 2 :

Le droit prospectif

Section 1 :

Le choix d'un statut contractuel

Section 2 :

Le choix de la réglementation

Seconde partie :

La responsabilité du fait de la ressource pointée

Chapitre 1 :

Le lien hypertexte et les régimes généraux de responsabilité

Section 1 :

La responsabilité civile du fait de la ressource pointée

Section 2 :

La responsabilité pénale du fait de la ressource pointée

Chapitre 2 :

Le lien hypertexte et les régimes spéciaux de responsabilité

Section 1 :

Le lien hypertexte et les intermédiaires techniques

Section 2 :

Le lien hypertexte et les infractions spéciales

*« Quand la liberté d'expression est assurée à tous,
l'ordre rationnel finit par l'emporter. Et cet espoir
n'est pas négligeable ! »*

REICH W., *Écoute, petit homme !*,
1973 (trad. KAMNITZER P., Petite bibliothèque
Payot, p. 15)

Introduction

***Hypertexte.** – Système de renvois permettant de passer directement d'une partie d'un document à une autre, ou d'un document à d'autres documents choisis comme pertinents par l'auteur¹.*

Un lien hypertexte est, selon le *Petit Robert*, « un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou aux informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot. » L'Office de la langue française du Québec, dans son vocabulaire de l'Internet, le définit par « une connexion activable à la demande sur le web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce où qu'elles se trouvent dans l'Internet. »

L'hypertexte est donc une procédure informatique qui permet de relier un mot, un paragraphe, une icône ou une image à un autre mot, un autre paragraphe, une autre icône ou une autre image. Plus largement, l'hypertexte permet de faire le lien entre deux ressources distinctes sur l'Internet.

Cette procédure donne à l'utilisateur la possibilité de choisir son cheminement à l'intérieur d'un document. En cliquant à l'aide de sa souris sur le mot ou l'icône qui l'intéresse, l'utilisateur est immédiatement dirigé vers la partie du document qui s'y rattache. Il se construit donc son propre parcours de lecture en fonction de ses préoccupations et de ses intérêts.

L'invention du World Wide Web est attribuée à Tim Berners-Lee, chercheur au CERN (Conseil européen pour la recherche nucléaire), à Genève, alors à la recherche d'un outil permettant de faciliter la collaboration entre les physiciens et les autres chercheurs de la communauté scientifique.

¹ Journal officiel du 16 mars 1999, *Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet*.

Tim Berners-Lee rédigea donc une « proposition »¹ nommée *Hypertexte et CERN*, basée sur trois piliers : un langage de programmation simplifiée, le HTML (Hypertext Markup Language) ; un protocole de transfert de données, HTTP (Hypertext Transfer Protocol) ; et enfin un système de consultation des données, le logiciel client, dénommé « navigateur » (browser). Ce logiciel de consultation devait, selon la proposition de Berners-Lee, conserver la même interface et la même apparence quelle que soit la plateforme de consultation.

Le système fut mis au point à la fin de l'année 1989. En mai 1991, il était installé sur l'ensemble du réseau informatique du CERN en Suisse.

En 1993, Marc Andreessen, étudiant à l'Université de l'Illinois, met au point une version du logiciel de navigation dotée d'une interface graphique et non plus textuelle : Mosaic. Ce logiciel est disponible pour Microsoft Windows, Apple Macintosh et Unix / X-Windows en septembre 1993.

C'est à cette date précise que le web sort des laboratoires de recherche américains et européens, pour devenir en moins de dix ans la pièce maîtresse de l'Internet, et la plus riche source d'informations disponible à ce jour.

Selon certains chercheurs en sciences de l'information², notre manière de voir et d'expliquer le réel, mais surtout notre manière de le penser, sont déterminées par les outils que nous utilisons pour construire et exprimer nos idées. Ce postulat, dit « médiologique », revient à considérer que nos techniques de communication et de conservation de l'information, nos médias, déterminent nos modes de penser.

¹ Toujours disponible sur Internet, à l'adresse : <http://www.w3.org/History/1989/proposal>.

² BUSH V., As we may think, *The Atlantic*, juillet 1945.

L'hypertexte, non content de faire entrer nos sociétés dans une nouvelle ère, pourrait donc également bouleverser nos esprits. En privilégiant et en automatisant la non linéarité, la polysémie et le perspectivisme, en multipliant les liens sémantiques entre plusieurs textes et images, l'hypertexte permet de rendre sensibles les différentes significations d'un texte. En rendant ainsi visible le réseau culturel des renvois et des références, l'hypertexte montre comment le sens d'un texte est conditionné et constitué par ses connexions implicites ou explicites avec d'autres textes¹.

Tim Berners-Lee et Marc Andreessen, chercheurs éclairés, ont alors certainement conscience de la portée de leurs inventions respectives. Mais se doutent-ils de la puissance du nouveau média auquel ils ont donnée naissance ? Le mariage de l'hypertexte, technique de consultation des documents, et de l'Internet, méta structure de communication, réseau à la fois polycentrique et acentrique, donne certainement lieu à la progression la plus fulgurante de toute l'histoire des médias.

Progression quantitative, au niveau des utilisateurs. En 1996, on estime le nombre d'internautes à 40 millions, et on ose l'envisager autour de 80 millions à l'horizon 2000. Erreur : en quatre ans, il dépassera largement les 300 millions, pour se situer aujourd'hui, en 2003, aux alentours de 650 millions – un milliard à l'horizon 2010, si toutefois cette prévision n'est pas, elle non plus, trop pessimiste²...

Progression qualitative également, quant aux contenus et services disponibles. Si le réseau ne fournissait à ses débuts que quelques outils de communications rudimentaires (courrier électronique, forums de discussion, transfert de fichiers), de très nombreuses applications sont venues se « greffer », exploitant le protocole de communication TCP/IP. Le web fut évidemment la première d'entre elles ; il demeure la plus célèbre. Mais la convergence technologique a fait de l'Internet une véritable plateforme universelle, proposant en outre des services tels que téléphonie, messagerie instantanée, visioconférence, partage de fichiers, radios et télévisions en ligne à la demande...

¹ Sur l'idée du texte conçu comme un réseau, voir notamment DERRIDA J., *La Dissémination*, Paris, Seuil, 1972, collection. « Tel Quel ».

² Chiffres et statistiques fournis par Nua Ltd, www.nua.ie.

En ayant totalement bouleversé nos sociétés contemporaines et même nos façons de rechercher l'information et de faire connaître nos opinions, le couple hypertexte et Internet devait également renouveler considérablement les règles qui régissent et régulent nos communautés, c'est-à-dire le droit.

En effet, aucune branche du droit – ou presque – n'est épargnée par la « révolution Internet ». On pense évidemment, au vu de l'actualité, à la propriété intellectuelle, bousculée par la facilité de circulation des œuvres sur la toile. Il faut également mentionner le droit international privé, dont le caractère global du réseau fait voler en éclats l'un des piliers, la souveraineté nationale.

Mais ça n'est pas tout. Dans chaque branche du droit, la doctrine s'attache à mesurer les effets de la « vague Internet » : droit de la preuve avec la signature électronique ; droit pénal, avec les délits informatiques ; droit administratif également, avec les prémices de l'administration en ligne¹ ; droit commercial évidemment, avec l'irrésistible ascension du commerce électronique ; enfin, surtout en Europe, contrôle des contenus, face à l'absolue liberté d'expression offerte *de facto* par le réseau. Cette liste ne saurait être exhaustive – elle est infinie.

Dans ce contexte, il est étonnant de constater que le plus fondamental en même temps que l'un des plus anciens des éléments de l'Internet, à savoir le lien hypertexte, fait paradoxalement l'objet de l'attention la plus récente de la part des praticiens, de la doctrine et des juges. Un peu comme si le caractère sous-jacent, structurel du lien avait eu pour conséquence de l'éloigner des préoccupations des juristes, souvent dictées par celles, très concrètes, des acteurs commerciaux.

¹ CARCENAC T., Député du Tarn, *Pour une administration électronique citoyenne*, Rapport au Premier ministre, 17 juillet 2001.

Mais si le développement du droit des liens hypertexte est récent, il n'en est pas moins, comme les liens eux-mêmes, fondamental. Car si en effet Internet et l'hypertexte constituent la source de la « révolution numérique » qui bouleverse nos modes de vie et de travail, alors le choix des règles applicables à l'élément de base de ce média, loin de ne concerner qu'une poignée de juristes rompus à l'informatique, doit intéresser tous les acteurs du réseau, et même la société toute entière.

La question des liens hypertexte, d'apparence complexe, austère même, doit certes être appréhendée en parfaite connaissance des inévitables données techniques qui en constituent le socle ; mais les réponses à y apporter doivent, elles, être pensées, examinées, critiquées à la lumière des grands principes qui fondent nos systèmes juridiques et nos démocraties contemporaines.

Les grands choix de société ne sont pas toujours où on les attend. Et dans ce trou de souris que constitue le droit des liens hypertexte, réapparaissent en réalité les grandes questions qui animent la vie des médias.

Nous verrons ainsi que le droit des liens hypertexte recouvre deux types de questionnements juridiques. Le premier concerne les cas où les problèmes juridiques trouvent toute leur source dans l'établissement du lien : c'est la responsabilité du fait du lien lui-même (Première partie), qui nécessitera une réflexion sur les problèmes juridiques posés (Chapitre 1), puis une étude des solutions envisageables (Chapitre 2).. Le second puise sa substance dans la nature du lien : il s'agit de la responsabilité du fait de la ressource pointée (Seconde partie), que nous rechercherons dans les régimes généraux (Chapitre 1) puis spéciaux de responsabilité (Chapitre 2).

Première partie

La responsabilité du fait du lien lui-même

Chapitre 1

Les problèmes juridiques posés par le simple établissement d'un lien hypertexte

Le simple fait d'établir un lien hypertexte dans un site web, pour renvoyer l'utilisateur vers une autre ressource de l'Internet, caractérise en soi le passage de la linéarité à l'hypertexte. C'est bien cette faculté qui fait tout l'attrait de l'Internet, puisqu'elle fonde le premier « mass media » totalement interactif, dont la consultation est soumise à chaque instant à une intervention de l'utilisateur, donc à sa volonté.

Il est donc possible de considérer qu'en établissant un lien hypertexte entre deux points distincts du réseau, le fournisseur de ce lien crée une nouvelle situation de fait, qui unit dans une certaine mesure son propre site à celui vers lequel il renvoie.

Ce lien, créé entre deux sites par la volonté du fournisseur, et activé par celle de son visiteur, fait inévitablement naître, comme toute situation de fait, des problèmes juridiques.

En ce qu'il semble fournir à un site une forme d'*emprise* sur un autre, l'établissement d'un lien hypertexte peut sembler conférer au fournisseur du lien un *pouvoir* sur le site vers lequel il renvoie ; un pouvoir dont l'attribution, la concession par l'auteur du site pointé est soumise à autorisation. Ainsi, la première série de problèmes juridiques causés par l'établissement d'un lien hypertexte concerne le droit d'auteur (Section 1).

D'autre part, la relation ainsi créée par le fournisseur du lien hypertexte peut avoir des conséquences quant à sa situation vis-à-vis de ses concurrents, sur le marché où il exerce son activité. Un préjudice peut être causé, qui doit être réparé par le droit de la concurrence (Section 2).

Section 1

Le lien hypertexte et le droit d'auteur

Comme le rappelle Vincent Grynbaum¹, « *La société de l'information a favorisé l'émergence de nouvelles formes d'exploitation des droits de propriété intellectuelle* ». C'est dire que l'immatérialité induite par les nouvelles technologies de l'information et de la communication appelle à une nouvelle lecture, sinon à une remise en cause, du droit d'auteur tel qu'il était envisagé avant leur apparition.

Les liens hypertexte, entités immatérielles par excellence mais également premier ressort technique de la société de l'information, n'échappent pas à cette règle : leur utilisation soulève toute une série de questions en matière de propriété intellectuelle.

La clarté de l'exposé impose sans aucun doute de partitionner notre étude suivant les deux grands systèmes de propriété intellectuelle : celui en vigueur dans les pays dits de droit d'auteur (§ 1), puis celui retenu par les pays ayant opté pour le *copyright* (§ 2).

§ 1. – Le lien hypertexte en pays de droit d'auteur

Les pays dits de droit d'auteur ont la particularité de consacrer le droit moral en tant qu'élément de la personnalité de l'auteur, ce qui complexifie certainement l'étude de la propriété littéraire et artistique, surtout dans un domaine comme celui qui nous intéresse, déjà assez technique. Nous verrons dans un premier temps qu'un site web peut constituer une œuvre de l'esprit (A) ; ceci fait, nous rechercherons les conflits avec le droit moral de l'auteur (B), puis avec son droit patrimonial (C).

¹ GRYNBAUM V., Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information, *Juriscom.net*, 13 décembre 2001.

A. Le site web comme œuvre de l'esprit

Après avoir rappelé que le principe de protection générale des œuvres de l'esprit s'appliquait aux sites web (a), nous énumérerons les droits concernés par cette protection (b).

a. Le principe de protection générale

L'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* »

C'est dire que le site web ne déroge pas à la règle : dès lors qu'il satisfait à la condition d'originalité, c'est-à-dire qu'il reflète la personnalité de son auteur, et constitue le fruit d'une activité créatrice, il peut être considéré comme une œuvre de l'esprit, protégeable à ce titre par le Code de la propriété intellectuelle.

Par ailleurs, comme le montre Valérie Sédailan¹, les différents éléments du site pourraient également être protégés individuellement : pages web, textes, photographies, logos, animations, voire même publicités.

Du fait de cette protection, l'auteur du site web peut bénéficier de différents droits d'auteur, auxquels un lien hypertexte peut porter atteinte.

b. Les droits de l'auteur du site

Classiquement, on distingue deux grands droits dont dispose l'auteur de l'œuvre de l'esprit : un droit moral, ainsi qu'un droit patrimonial, chacun de ces grands ensembles regroupant diverses prérogatives.

¹ SÉDAILLAN V., Internet et droits d'auteur, *Autour du Libre 2002*, INT Évry, 29 Mai 2002.

Comme tout auteur, l'auteur d'un site web dispose d'un droit moral sur sa création, qui se divise en quatre branches : droit de divulgation, droit de paternité, droit au respect de l'œuvre et enfin droit de repentir.

En outre, l'auteur dont le site web remplit la condition d'originalité dispose de droits patrimoniaux sur sa création. : on distingue le droit de reproduction du droit de représentation. Voyons à présent dans quelle mesure un lien hypertexte peut entrer en conflit avec l'un de ces droits.

B. Le droit moral de l'auteur et le lien hypertexte

Un lien hypertexte n'étant valide que dès lors que la ressource vers laquelle il pointe existe au préalable, le droit de divulgation de l'auteur d'un site web ne saurait entrer en jeu. Quant au droit de repentir, son exercice par un auteur est si rare – car économiquement difficile à réaliser – que la question présente peu d'intérêt. Nous nous attacherons donc prioritairement à discuter des questions relatives à l'identification de l'auteur du site visé par le lien (a), puis à celles relatives au droit au respect de l'œuvre que constitue le site visé (b).

a. L'identification de l'auteur du site visé

Le droit de paternité est la prérogative qu'a l'auteur de voir proclamée la filiation de l'œuvre à son égard (article L. 121-1, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle). Ainsi, tout utilisateur de l'œuvre ne saurait taire le nom de son auteur : les modalités de présentation s'adapteront simplement au type de support.

C'est dire que celui qui établit sur une page un lien vers un autre site, ou plus simplement, une page extérieure, est dans l'obligation de révéler à son visiteur le nom de l'auteur de ce site ou de cette page, pour autant que cela soit possible : à l'impossible, nul n'est tenu.

L'obligation d'identification de l'auteur ne pose pas de problème insurmontable dans le cas d'un lien hypertexte « simple », c'est-à-dire dans le cas où l'utilisateur, lorsqu'il clique sur un mot ou une expression, est renvoyé vers un nouveau site, occupant toute la zone d'affichage de son navigateur Internet. Dans pareil cas, il suffira, comme le recommande le Forum des droits de l'Internet¹, de s'assurer que le lien ne masque pas l'identité de l'auteur de la ressource liée – dans le cas du lien classique, on voit mal comment cela serait possible.

Les problèmes apparaissent en revanche lorsque l'on se trouve en présence de *framing*, technique consistant à faire apparaître le site visé non sur la totalité de la zone de navigation, mais simplement à l'intérieur du site d'origine, dans un *cadre*. Dans ce cas, il peut s'avérer difficile pour le visiteur de savoir si la page qu'il consulte se trouve toujours sur le même site, ou si elle appartient en réalité au site d'un autre auteur.

Mais comme le rappelle Pierre-Yves Gautier², nul ne peut se faire justice à lui-même : « *l'auteur serait fautif s'il prenait l'initiative d'effacer par lui-même et hors le contrôle du juge sa signature apparente, sur un tableau qu'il prétendrait faux.* » Une telle considération peut s'appliquer au cas où l'auteur d'une œuvre vers laquelle un site renvoie, sans mentionner son nom, déciderait de faire ôter ou d'ôter lui-même le lien en question. Nous citerons ici encore Pierre-Yves Gautier : « *La saisie-contrefaçon et le référé « d'heure à heure » sont précisément là pour aider les auteurs.* »³ Nul doute que ces mesures sont applicables au cas de violation du droit à la paternité de l'œuvre par un lien hypertexte. Penchons-nous à présent sur le droit au respect de l'œuvre.

¹ Forum des droits sur l'Internet, *Hyperliens : statut juridique*, recommandation rendue publique le 3 mars 2003.

² GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd., PUF, Collection droit fondamental, 2001, Paris, 840 p.

³ *Ibid.*

b. Le droit au respect de l'œuvre et le lien hypertexte

Le droit au respect de l'œuvre est l'attribut du droit moral le plus utilisé par les auteurs. Un lien hypertexte peut-il porter atteinte à ce droit ? Selon Pierre-Yves Gautier¹, « *toute utilisation d'une œuvre préexistante ou spécialement créée pour l'Internet, comportant une modification, n'est pas en soi une atteinte au droit moral : les auteurs doivent souffrir les adaptations nécessitées par cette technique (format, couleurs), tant que celles-ci ne tombent pas dans la dénaturation ou la mutilation.* »

Dans l'esprit du droit au respect de l'œuvre, il est tout à fait envisageable que trouve gain de cause un auteur dont l'œuvre aurait fait l'objet d'un lien sur un site aux contenus scabreux, ou tout simplement déshonorants pour lui ou son œuvre, et qui demanderait donc la suppression dudit lien.

On pourrait même penser, avec l'auteur précité, que le recours à l'hypertexte, permettant de passer d'une division à l'autre, de rechercher un mot précis dans le texte de l'œuvre mise en ligne, etc., « *donne presque naissance à une œuvre dérivée, « fragmentée », de sorte qu'outre l'autorisation patrimoniale, l'accord de l'auteur devrait être requis à titre de précaution, au titre du droit moral* ».

Si le droit moral au respect de l'œuvre constitue un levier fréquemment actionné devant les tribunaux, il reste assez rare de l'actionner seul ; ainsi l'atteinte au respect de l'œuvre est souvent assortie d'une atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur.

¹ *Ibid.*

C. Le droit patrimonial de l'auteur et le lien hypertexte

Aux termes de l'article L.122-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.* » La reproduction, définie par l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle comme « *la fixation matérielle de l'œuvre* », est à écarter en raison de la nature même du lien hypertexte, qui comme son nom l'indique ne consiste pas en une fixation du contenu pointé, mais en réalité à une simple mise à disposition de l'adresse dudit contenu. Nous nous concentrerons donc sur le droit de représentation, eu égard aux liens dits « classiques » (a), puis à ceux dits « complexes » (b).

a. Le droit de représentation sur un site web et le lien « classique »

L'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose :

« La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

« 1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

« 2° Par télédiffusion.

« La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

« Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. »

Il pourrait donc sembler qu'un lien hypertexte constitue une représentation au sens du Code de la propriété intellectuelle. Le lien hypertexte pourrait même se rattacher à un « *procédé de télécommunication* » au sens de ce texte. On pourrait en conséquence penser que la représentation d'un site constituant une œuvre, par lien hypertexte vers celui-ci, ne peut se faire de façon licite sans l'autorisation de l'auteur, dans le respect de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Mais, selon Arnaud Diméglio¹, « *le fournisseur du lien, comme l'expression l'indique, fournit le lien... et non le contenu auquel il renvoie.* » Par conséquent, « *le lien n'élargit pas le public auquel il renvoie et que pourrait donc, en retour, être contesté par ce biais le fait que la communication s'adresse à un public nouveau.* »

Ainsi, dès lors que l'on considère le cas du site-œuvre de l'esprit, un lien « classique » vers la page d'accueil de ce site ne saurait porter atteinte au droit de représentation. C'est ce que rappelait le Tribunal de commerce de Paris dans l'affaire *Keljob*² : « *...il est admis que l'établissement de liens hypertexte simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site web...* ». C'est dire que compte tenu de la nature du réseau Internet et surtout du *world wide web*, dont les liens hypertexte constituent précisément la principale originalité, celui qui crée et met en ligne un site web doit s'attendre à ce que son site puisse faire l'objet de liens « simples » – vers la page d'accueil, donc – depuis d'autres sites.

Qu'en est-il en présence de liens plus « complexes » ? Est-on aux limites d'une telle autorisation tacite ?

¹ DIMÉGLIO A., *Le droit du référencement sur Internet*, thèse.

² Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé, 26 décembre 2000, SNC Havas Numérique et SA Cadres On Line contre SA Keljob.

*b. Le droit de représentation sur un site web et les liens
« complexes »*

Selon Alain Strowel et Nicolas Ide¹, « *s'il faut considérer qu'un lien de surface peut être utilisé en toutes hypothèses (sous réserve d'atteintes réalisées à travers le contenu du site relié), il ne pourrait en être de même dans le cas de liens en profondeur, de cadrage, ou en cas de liens automatiques* ».

Les liens profonds – ceux qui pointent vers une page différente de la page d'accueil du site –, premièrement, peuvent avoir pour effet, dans le cas d'un site commercial, de masquer les publicités placées sur la page d'accueil, occasionnant un manque à gagner pour l'éditeur du site pointé. Il n'en reste pas moins que certains sites sont si volumineux qu'établir un lien uniquement vers la page d'accueil devient inutile, le lien devant précisément servir à faciliter la consultation de la ressource pointée. De plus, on voit difficilement comment le mal à gagner dont il est question pourrait se rattacher au droit de représentation ; il serait plus aisé de le faire réparer sur le terrain de la concurrence déloyale².

¹ STROWEL A. et IDE N., *La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens*.

² *cf. infra*, Section 2.

S'agissant de la technique du *framing*, doit-on considérer qu'elle constitue une contrefaçon ? Malgré le caractère « malhonnête » que peut avoir une telle technique, grâce à laquelle le lien pointé semble toujours faire partie du site d'origine, il semble falloir considérer qu'ici encore il n'y aura pas d'atteinte au droit de représentation et, partant, pas de contrefaçon. Certains auteurs relèvent, il est vrai, qu' « *Il n'y a pas de raison d'admettre cette technique, alors que des liens en surface ou même en profondeur (en cas de nombre élevé de pages) permettent d'obtenir le même résultat sans léser les intérêts de l'exploitant du site relié.* »¹. Mais c'est confondre droit positif et droit prospectif ; en l'état du droit, un lien utilisant la technique de *framing* de façon *abusive* n'ouvrira droit à réparation que sur le terrain de la concurrence déloyale, sauf à porter atteinte au droit moral de l'auteur².

Restent les liens dits « automatiques », c'est-à-dire s'activant par la simple exécution du code source de la page visitée, sans qu'il soit requis que l'internaute ne clique sur un élément de la page. Eux aussi peuvent constituer une concurrence déloyale. Mais, à la différence des techniques précédemment évoquées, on peut se poser la question de savoir si les liens automatiques échappent à la définition de la représentation. En effet, il ne s'agit plus de permettre à l'internaute d'accéder, s'il le veut, à une ressource extérieure au site ; cette fois, le passage d'un site à l'autre s'effectue, justement, automatiquement. Combiné à la technique du *framing*, le lien automatique peut, à nos yeux, constituer un acte de représentation au sens de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. (...)* »

¹ STROWEL A. et IDE N., *op. cit.*

² *cf. supra.*

Le lien hypertexte, de surface ou profond, avec ou sans *framing*, échappe à la qualification de « représentation » en partie car, techniquement, c'est l'utilisateur qui, lorsqu'il clique volontairement dessus, accède à la page pointée par le lien, de la même manière que s'il en composait l'adresse dans son navigateur ; il devient impossible, au regard de ces considérations techniques, de constater l'apparition d'un « nouveau public », nécessaire à l'application de la notion de représentation. Dès lors que cette intervention volontaire disparaît, il nous semble que le droit de représentation prévu par le Code de la propriété intellectuelle doit retrouver toute sa place.

Tournons-nous à présent vers les pays dits de *copyright*, où la situation est sensiblement différente, en l'absence de distinction entre « *l'esprit et l'économie* », pour citer à nouveau P.-Y. Gautier.

§ 2. – Le lien hypertexte en pays de *copyright*

Les pays de *Common law*, États-unis en tête, semblent prêts à reconnaître dans la création de l'auteur l'expression de sa personnalité.¹ Mais pour l'heure, il subsiste de nombreuses différences entre *copyright* et droit d'auteur, et certaines influent sur le régime du lien hypertexte en la matière.

En l'absence ici de distinction entre droit moral et droits patrimoniaux, nous étudierons directement la *summa divisio* entre liens classiques (A) et liens complexes (B).

A. Le régime des liens classiques

Après avoir rappelé l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine en la matière (a), nous étudierons l'apport du Digital Millennium Copyright Act (DMCA) (b).

¹ GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, op. cit.

a. La Common law et les liens classiques

Suivant les arrêts *MAI*¹ et *Netcom*², on pourrait considérer que les copies effectuées par la technique du lien dans la mémoire vive de l'ordinateur constituent des reproductions au sens du Copyright Act de 1976. C'est notamment le raisonnement suivi par l'arrêt *Marobie*³ : en application de la jurisprudence américaine, un lien hypertexte constituerait alors une copie.

Mais selon la majorité de la doctrine⁴, les reproductions dites temporaires – dont fait partie la nécessaire copie en mémoire vive de tout contenu lu sur un ordinateur – ne doivent pas être vues comme des reproductions au sens du Copyright Act, en raison du pouvoir excessif qui serait alors laissé à l'auteur du site pointé ; un tel pouvoir constituerait un frein exceptionnel à la liberté d'expression et donc à la libre circulation de l'information. De plus, selon les arrêts précités, le responsable au premier chef de la violation de *copyright* ne serait pas le site fournisseur du lien, mais bien l'utilisateur qui actionne le lien. L'auteur de la page où se situe le lien ne serait que dans une situation de fourniture de moyens.

Comme en droit d'auteur, la théorie la plus courante dans la doctrine considère que l'éditeur d'un site web donne en réalité, une autorisation tacite (*implied licence*) d'établir des liens vers son site, dès lors qu'il publie son contenu sur le réseau. Le simple fait de mettre une information en ligne donnerait alors naissance à une autorisation tacite de « lier » vers cette information. Mais l'argument ne tient évidemment dans les cas où le document publié fait l'objet d'un *copyright*, puisque le droit spécial – propriété intellectuelle – déroge au général – théorie générale des contrats, dont ressort l'autorisation tacite.

¹ MAI Systems Corp. V. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511.

² Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, 907 F. Supp. 1361.

³ Marobie-FK, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors, 983 F. Supp. 1167.

⁴ Voir notamment GARROTE I. J., *Linking, Framing and Copyright: A Comparative Law Approach*.

En raison de cet obstacle, la doctrine dite de *fair use* (utilisation non abusive) semble fournir la meilleure réponse en cas de litige. Selon cette théorie, dès lors que le visiteur du site ne suit pas un objectif commercial, qu'il est de bonne foi, et que de plus le lien effectué ne fait qu'augmenter le « marché potentiel » du site pointé, il ne peut être fait droit à une demande en réparation.

C'est dire qu'en réalité, sous le régime de *copyright*, le visiteur qui actionne un lien sur un site, protégé par l'autorisation tacite et par le *fair use*, peut difficilement être considéré comme fautif. Dès lors, le fournisseur de lien non plus. En pratique toutefois, la question n'est pas totalement réglée ; quelques affaires ont néanmoins été soumises au juge.

La première affaire concernant un lien simple est écossaise : il s'agit de *Shetland Times v. Jonathan Wills and Zetnews*¹ ; elle a été suivie avec attention, notamment aux États-Unis. Le journal *Shetland News* avait mis en ligne un site incluant les « titres » de son concurrent, le *Shetland Times*. En cliquant sur ces liens, les lecteurs avaient accès à l'article entier, via le site du *Shetland Times* qui, estimant posséder un *copyright* sur les titres en question, et considérant également que la pratique litigieuse pouvait entraîner une confusion chez les lecteurs, porta plainte devant le juge écossais. Ce dernier rendit une ordonnance préliminaire, mais l'affaire fut réglée à l'amiable.

Aux États-Unis cette fois, un site web fut sanctionné pour avoir fourni un lien vers une page web offrant des exemplaires non autorisés de l'ouvrage *Handbook of Instructions of the Mormon Church*². En l'espèce, les faits étaient quelque peu différents : s'il fut reconnu en l'espèce que le simple fait d'établir un lien *ne constituait pas une infraction*, les défendeurs furent sanctionnés pour avoir permis à leurs visiteurs d'effectuer des copies de l'ouvrage en question, au moins sur la mémoire vive de l'ordinateur³.

¹ Interim verdict, 10.24.1996, Court of Session Edinburgh.

² Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry Inc., U.S. District Court (C.D. Utah), 12.6.1999.

³ Sur la question du lien vers une ressource illicite, cf. *infra*, Seconde partie, Chapitre 1.

Malgré quelques hésitations, il semble donc qu'en *copyright* également, le lien classique soit peu à peu placé au-dessus de tout soupçon. Aux États-Unis, le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) modifie tout de même la donne.

b. L'apport du Digital Millenium Copyright Act

En effet, malgré la flexibilité des théories d'autorisation tacite et de *fair use*, les acteurs de l'Internet attendaient plus de sécurité juridique. Les fournisseurs d'accès, notamment, s'inquiétaient d'être un jour mis en cause dans une affaire de liens hypertexte. Le Digital Millenium Copyright Act (DMCA), littéralement « Loi du millénaire numérique pour le *copyright* », pris en 1998¹, instaure des exceptions dites de *safe harbour* (hébergement sûr) ayant pour objectif de couvrir la responsabilité des fournisseurs de services en ligne. Les fournisseurs de services en ligne sont exemptés de responsabilité dans le cas où ils n'ont pas eu connaissance avérée de l'activité illicite. Dès lors qu'ils seront informés d'une telle activité, les fournisseurs de services devront agir de façon diligente. Enfin, l'activité illicite ne doit pas être pour eux la source d'un bénéfice financier quelconque. En cas de notification judiciaire, la réponse des fournisseurs de services devra évidemment être extrêmement rapide.

Il découle de ces dispositions que le DMCA pourrait facilement porter atteinte à la « liberté de lier ». Ceci dit, certains auteurs² assurent qu'une violation *manifeste* de *copyright* reste nécessaire, car le texte précise bien que la connaissance de l'activité doit être *avérée*.

Assez paradoxalement, la situation semble plus lisible dans le cas, ou plutôt *les cas*, des liens complexes.

¹ 17 U.S.C. Sec. 512 (c) (d) (1998).

² ALLWEISS D., Copyright Infringement on the Internet: Can the Wild Wild West be Tamed ? *Touro Law Review*, 1999.

B. Le régime des liens complexes en copyright

Chaque type de lien complexe impliquant une analyse différente, nous étudierons successivement les liens profonds (a), le *framing* (b), puis les liens automatiques (c).

a. Les liens profonds

Il n'était pas évident que la théorie de l'autorisation tacite puisse s'appliquer dans le cas d'un lien profond, c'est-à-dire, rappelons-le, d'un lien renvoyant directement à une page différente de la page d'accueil d'un site web. La première affaire mettant en cause de tels liens est *Kelly v. Arriba Soft. Corp.*¹, dans laquelle le juge considéra la pratique comme possible source d'une violation de *copyright*, tout en décidant qu'en l'espèce la doctrine de *fair use* pouvait trouver application, excluant du même coup celle du DMCA. Plus tard, *Ticketmaster* porta plainte contre un de ses concurrents, *Tickets.com*², estimant que l'utilisation par ce dernier site de liens profonds vers des pages situées à l'intérieur du sien constituait une violation du Copyright Act. Mais le juge conclut que le simple fait de lier n'implique pas directement une telle violation, puisque aucune copie n'était réalisée.

Depuis cette affaire, datée de 2000, le statut des liens profonds en droit américain n'a pour ainsi dire pas évolué. Intéressons-nous à présent à la technique du *framing*.

¹ U.S. District Court (C.D. California), 77 F. Supp. 2nd 1116.

² *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc.*, 54 USPQ 2nd 1344, U.S. District Court (N.D. California, 3.27.2000).

b. *Le framing*

En matière de *framing*, le droit de reproduction de l'auteur du site pointé n'est pas non plus touché, puisque le fournisseur du lien ne copie toujours pas le site lié. Mais l'utilisateur, en ouvrant un lien qui s'ouvre dans un cadre (*frame*), crée une copie du site pointé dans la mémoire vive de son ordinateur qui peut être considérée comme une œuvre dérivée, au sens de l'article 106 du Copyright Act américain. Dans ce cas, l'utilisateur se rendrait coupable d'une infraction de *copyright*, et le fournisseur du lien serait donc en situation de fourniture de moyens.

Mais la jurisprudence américaine n'est pas encline à reconnaître facilement l'existence d'une œuvre dérivée¹. La question reste indécise en pratique. On pourrait toutefois considérer que, l'autorisation tacite ne jouant que pour les liens simples, voire à la rigueur profonds, on ne saurait l'étendre plus que raison. De plus, lorsque le lien est offert afin de générer un profit, il semble que ce profit se fasse au détriment du site pointé.

La première affaire en terre de *copyright* ayant pour objet le *framing* remonte à 1997. Un groupe de journaux, emmenés par le *Washington Post*, porta plainte contre *Total News* sur la base d'une violation de *copyright*, mais aussi du droit des marques (les logos des demandeurs étaient, en outre, utilisés par *Total News*). L'affaire se régla hors des tribunaux, mais il devint assez clair que le *framing* pouvait donner lieu à une violation de *copyright*. Ce qui fut confirmé à l'occasion des affaires *Journal Gazette Co. v. Midwest Internet Exchange*² (liens de type *framing* vers des articles de journaux avec superposition des bannières publicitaires du fournisseur du lien) et *Futurodontics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*³ (*framing* constituant une œuvre dérivée sans autorisation).

Passons enfin à la question des liens automatiques en pays de *copyright*.

¹ Voir en ce sens GARROTE I.J., *op. cit.*

² 98-CV0130, 1998.

³ U.S. District Court (C.D. California), CV 97-6991, 1998.

c. Les liens automatiques

Comme nous l'avons vu¹, les liens automatiques (*embedded links* en anglais) permettent d'afficher une ressource sans que soit nécessaire l'intervention de l'internaute. Peuvent ainsi être affichés sur le site du fournisseur du lien des images, textes ou animations qui ne sont pas toujours hébergés sur le même serveur que le site visité, et qui n'appartiennent donc peut-être pas au même éditeur.

Le droit de reproduction n'est pas en cause, puisque absolument aucune copie de la ressource liée n'est nécessaire ni effectuée sur le serveur du fournisseur du lien. Le litige est plutôt à rechercher sur le terrain de l'équivalent du droit de représentation, le *public display right* (droit d'affichage public).

Dans le cas des liens automatiques, en pays de *copyright* non plus l'autorisation tacite ne saurait jouer : cela conduirait à priver le détenteur du *copyright* de tous ses droits en matière électronique. Quant à la théorie du *fair use*, elle doit en l'occurrence être appliquée avec une extrême précaution ; elle vise de toute façon à dédouaner en premier lieu le visiteur puis, partant le fournisseur du lien, et ne saurait donc trouver application en l'absence d'intervention de l'utilisateur.

S'il existe quelques – inévitables – différences entre le régime des liens hypertexte au regard de la propriété intellectuelle entre *copyright* et droit d'auteur, il semble donc que les deux systèmes se rejoignent sur l'essentiel.

Reste que le plus souvent, surtout dans les pays de droit d'auteur, le droit de la concurrence se distingue clairement de la propriété intellectuelle, et se trouve également invoqué en cas de litige. C'est l'objet de notre seconde section.

¹ *cf. supra*, § 1.

Section 2

Le lien hypertexte et la concurrence

L'apparition des premiers sites commerciaux sur l'Internet n'a pas tardé à entraîner celle des premières questions de droit de la concurrence en ligne, notamment en matière de noms de domaine et de droit des marques.

Partout où, sur un marché, le comportement d'une entreprise est susceptible de porter préjudice à une autre, le droit de la concurrence a sa place. Il tient donc un rôle majeur de matière de liens hypertexte, devant les problèmes juridiques ressortant de ce domaine (§ 1). Par voie de conséquence, le droit de la concurrence a donné lieu à la plus abondante jurisprudence en matière de liens, avec comme objectif la recherche de solutions satisfaisantes juridiquement comme économiquement (§ 2).

§ 1. – Le lien hypertexte en droit de la concurrence : les problèmes juridiques

Comme le rappelle le Forum des droits sur l'Internet¹, le droit de la concurrence constitue le plus souvent la meilleure protection contre l'établissement abusif de liens hypertexte dans un contexte commercial, notamment en raison de l'extrême souplesse des mécanismes ayant trait à la lutte contre la concurrence déloyale, que nous rappellerons dans un premier temps (A), avant d'en envisager l'application au domaine qui nous intéresse (B).

A. Les principes et mécanismes du droit de la concurrence déloyale

Il est indispensable de rappeler les fondements mêmes du droit de la concurrence déloyale (a). Ceci fait, nous pourrions énumérer les différents comportements sanctionnés par ce droit (b).

¹ Forum des droits sur l'Internet, *Hyperliens : statut juridique, op. cit.*

a. Les sources du droit de la concurrence déloyale

Le droit de la concurrence déloyale se fonde en droit français sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, qui définissent de façon traditionnelle les règles de base de la responsabilité civile délictuelle, c'est-à-dire en dehors de tout contrat entre les parties. En effet, le caractère très général de ces dispositions¹ a entraîné, au fil des époques, une véritable omniprésence du droit de la responsabilité civile. Le droit de la concurrence ne déroge donc pas à la règle.

Il faut dire que devant les limites du droit de la concurrence *stricto sensu* – juridiction d'exception, faible nombre de délits prévus –, la plupart des comportements anticoncurrentiels ne trouvent une sanction efficace que devant le juge judiciaire ; prouver l'existence d'une faute, puis d'un préjudice, reste plus simple que démontrer l'existence d'un risque pour le marché.

Conséquence de l'absence de toute disposition spéciale, la doctrine n'est pas fixée quant à la branche du droit à laquelle rattacher la concurrence déloyale – droit de la concurrence ou responsabilité –, ni quant à sa fonction réelle – sanction ou réparation.

Ces questions n'ayant pas réellement lieu d'être tranchées ici, nous passerons sans plus de transition à l'étude des comportements anticoncurrentiels en droit de la concurrence déloyale.

¹ Article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* » – Article 1383 : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* »

b. Les comportements sanctionnés

L'absence de dispositions légales spécifiques, conjuguée au caractère général des articles 1382 et 1383 du Code civil, on conduit à l'élaboration d'une véritable construction prétorienne en droit de la concurrence déloyale.

On dénombre ainsi quatre types de comportements fautifs, susceptibles de constituer une concurrence déloyale : le dénigrement, la confusion, la désorganisation et le parasitisme.

Le *dénigrement* est défini par la jurisprudence comme une affirmation malicieuse, dirigée contre un concurrent dans le but de détourner sa clientèle, notamment en discréditant ses produits, le travail ou la personne de celle-ci. Le dénigrement ouvre droit à réparation lorsque l'entreprise visée est désignée, expressément ou implicitement, ou identifiable par sa clientèle.

Un des procédés couramment utilisés et sanctionnés par les tribunaux consiste en outre à utiliser les méthodes d'un concurrent en vue de créer une *confusion* susceptible d'attirer la clientèle de ce dernier au profit de l'imitateur.

La *désorganisation* de l'entreprise concurrente peut être constatée par le juge et constituer un acte de concurrence déloyale en cas de détournement de clientèle.

Le *parasitisme* est l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire. L'agissement parasitaire est le fait, pour une entreprise, de vivre aux crochets d'une autre, de tirer profit de l'activité d'autrui sans bourse délier, et permet de condamner quiconque usurpe une valeur économique d'autrui, même non concurrent.

Le Forum des droits sur l'Internet souligne en effet, concernant cette dernière pratique, que le concept de parasitisme s'est émancipé, et paraît devoir être distingué de la concurrence déloyale, dans la mesure où la jurisprudence tend à en affirmer l'existence même en l'absence de situation de concurrence¹.

Ces repères à présent établis, nous pouvons passer à l'étude de l'application du droit de la concurrence déloyale au phénomène que constituent les liens hypertexte.

B. Du lien hypertexte comme pratique anticoncurrentielle

Nous vérifierons dans un premier temps que le lien simple doit rester hors de cause (a) ; l'examen de la situation concernant les liens complexes sera plus développé (b).

a. Le lien simple

Nous avons vu que le lien hypertexte simple se trouvait déjà hors de cause en matière de propriété intellectuelle.² En matière de concurrence déloyale, on voit mal comment il pourrait en être autrement ; nous verrons que la jurisprudence confirme cette analyse³.

Pour pouvoir donner lieu à réparation, l'établissement d'un lien simple doit, conformément au droit de la responsabilité civile, constituer une faute ; il doit aussi faire naître un préjudice. La Cour de cassation rappelle l'application au droit de la concurrence déloyale de ce raisonnement classique⁴.

¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 30 janvier 1996 : « *Les agissements parasitaires peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence.* » *Dalloz* 1997, p. 232, obs. Yves Serra.

² *Cf. supra*, Section 1, Lien hypertexte et droit d'auteur.

³ *Cf. infra*.

⁴ Cour de cassation, chambre commerciale, 19 juillet 1976 : « *L'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil qui impliquent non seulement l'existence*

Il apparaît premièrement que l'établissement d'un lien simple ne saurait constituer une faute, notamment en raison de l'existence d'une *autorisation tacite* déjà évoquée ; il ne saurait en outre faire naître un préjudice, sa seule conséquence potentielle étant une augmentation de la visibilité sur le réseau du site pointé, et donc de sa fréquentation. Dans un cadre commercial, nul ne saurait soutenir qu'il s'agit là de préjudices.

Le lien simple vers une entreprise concurrente ne saurait donc *en lui-même* constituer un acte de concurrence déloyale. En revanche, les liens complexes, moins transparents, peuvent s'avérer suspects.

b. Les liens complexes

Les liens complexes, en ce qu'ils permettent au fournisseur du lien de disposer d'un certain contrôle sur le site pointé, peuvent constituer des actes de concurrence déloyale.

Le lien profond, tout d'abord, permet au fournisseur du lien de s'affranchir de la page d'accueil du site vers lequel il renvoie sont visiteur. Lorsque cette dernière, comme souvent, est assortie de bandeaux publicitaires et autres fenêtres *pop-up*, l'éditeur du site pointé pourrait donc se prévaloir d'un préjudice financier, les dispositifs publicitaires sur Internet étant basés sur une rémunération *au clic*. La pratique peut s'analyser en une *désorganisation* de l'entreprise éditrice du site pointé, voire, lorsque le fournisseur du lien n'indique pas assez clairement au visiteur qu'il change de site, en une *confusion* entre site de départ et site d'arrivée.

Le *framing* entraîne des risques encore supérieurs, puisque la page pointée par le lien utilisant cette technique se fond littéralement dans l'architecture du site visité. La confusion est alors proche, et lorsque les deux entreprises se positionnent sur un même marché, on se trouve assurément devant un cas de *parasitisme*.

d'une faute commise par le défendeur, mais aussi celle d'un préjudice souffert par le demandeur. »
JCP G 76, II, 18507.

Le parasitisme peut encore être dénoncé dans le cas d'un lien automatique, le site fournisseur du lien affichant alors directement des pages qui n'appartiennent pas à sa structure.

Reste à préciser que le plus souvent, un acte de concurrence déloyale sera constitué par la combinaison de ces techniques : un site utilisant un lien automatique vers une page autre que la page d'accueil d'un site concurrent, affichée de plus dans un cadre (*framing*). La technique est souvent utilisée par certains moteurs de recherche spécialisés. En l'absence d'accord avec les sites référencés, faute et préjudice se trouvent réunis.

Une étude de la jurisprudence en matière de liens hypertexte et de concurrence déloyale nous permettra de vérifier nos analyses.

§ 2. – Les réponses apportées par la jurisprudence

De l'étude de la récente mais assez complète jurisprudence en matière de liens hypertexte et de concurrence déloyale, il ressort que si les juges n'oublient pas d'ériger en principe la liberté de lier (A), il y posent néanmoins certaines limites (B).

A. La reconnaissance de la liberté de lier par le juge

La jurisprudence consacre en effet la liberté de lier comme principe général. D'une part en validant la doctrine de l'autorisation tacite (a) ; d'autre part en rappelant, conformément au droit de la responsabilité civile, l'exigence d'une faute commise et d'un préjudice subi (b).

a. *La consécration jurisprudentielle de l'autorisation tacite*

L'ordonnance de référé du 26 décembre 2000 du Tribunal de commerce de Paris¹, rendue à l'occasion de la « première affaire Keljob », consacre, à propos d'un litige portant sur l'établissement de liens profonds, l'autorisation tacite des liens simples donnée par tout éditeur dès lors qu'il publie son site web sur le réseau : « ... *il est admis que l'établissement de liens hypertexte simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site web...* ».

Ce faisant, le juge commercial rejoint une doctrine assez bien établie, en France comme à l'étranger.² Comme le note Arnaud Diméglio³, « *en employant la formule « il est admis », le juge reconnaît et consacre une valeur d'usage à cette autorisation. L'autorisation implicite d'établir des liens simples a donc une valeur juridique* ».

Dès lors que l'autorisation est *implicite*, il n'est plus nécessaire, comme le prévoit la *Netiquette*, de contacter l'éditeur d'un site avant d'établir un lien vers celui-ci. Le choix opéré par le juge ne va pas de soi, puisque la *Netiquette* s'était déjà vu reconnaître une valeur juridique en tant qu'usage⁴, notamment à l'occasion d'affaire ayant trait au *spamming*. De plus, si un usage peut se voir reconnaître une valeur juridique, c'est toujours au sein d'une relation contractuelle, comme le prévoit l'article 1135 Code civil. Or, par définition, en matière de concurrence déloyale et donc de responsabilité civile délictuelle, il ne peut en être le cas. Le choix de privilégier l'autorisation implicite par rapport à la *Netiquette* nous semble donc plus fondé en opportunité qu'en droit.

¹ Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé, 26 décembre 2000, SNC Havas Numérique et SA Cadres On Line contre SA Keljob.

² Cf. *supra*, Section 1.

³ DIMÉGLIO A., Liens hypertexte : commentaire de l'affaire Keljob, *Juriscom.net*, 23 février 2001.

⁴ Voir par exemple Tribunal de grande instance de Rochefort sur Mer, 28 février 2001, Ch. G. c/ Sté France Télécom Interactive SA, ou Tribunal de grande instance de Paris, référé, 15 janvier 2002 : P. V. c/ Sté Liberty Surf et a. La *Netiquette* se voit reconnaître une valeur juridique en application de l'article 1135 Code civil, qui dispose que la convention peut être interprétée à la lumière d'un usage.

Pour Arnaud Diméglio¹, l'autorisation tacite repose sur une *présomption simple*. C'est donc à celui qui s'estime victime d'un acte déloyal d'apporter la preuve qu'en l'occurrence, il n'avait pas entendu donner son autorisation à l'établissement de liens – au moins *simples* – vers son site. Il peut semble-t-il le faire par deux moyens : en employant des mesures techniques restreignant l'établissement de liens vers son site, ou en affichant des conditions d'utilisation quant au référencement de ce dernier.

Il faut tout d'abord noter que ces « preuves » sont à apporter pour ainsi dire *a priori*. Ainsi, en suivant le raisonnement d'Arnaud Diméglio, on est forcé de constater qu'une fois le litige né, en l'absence d'une notification claire sur le site pointé de l'interdiction de lier, l'autorisation tacite s'imposerait en réalité comme une présomption irréfragable (car en effet si le litige est né, alors par hypothèse le premier moyen, c'est-à-dire la mesure technique, n'a pas été employé).

Ceci soulève à nos yeux deux interrogations. La première concerne la valeur de telles conditions d'utilisation : de nombreux sites commerciaux affichent, en *mentions légales*, leur refus de voir des liens établis vers leur site, y compris des liens simples. Faut-il reconnaître la pleine valeur de telles déclarations ? Ce serait, nous semble-t-il, nier au final la valeur réelle de l'autorisation implicite, telle qu'entendue par la doctrine. Et si l'autorisation implicite est réellement un usage au sens juridique, alors sa valeur est supérieure à celle d'une simple déclaration unilatérale. Dès lors, notre seconde interrogation porte sur le caractère réel de cette présomption : doit-on considérer qu'elle est toujours *simple*, sans distinction quant au type de lien concerné ? Il nous semblerait plus opportun de consacrer pour les liens simples une présomption *irréfragable* d'autorisation tacite, qui ne remettrait pas en cause la réparation en cas de dénigrement occasionné par un lien simple, dès lors que ce n'est pas le simple fait de lier qui est à l'origine du dénigrement.

On reconnaîtrait alors pour les liens complexes une présomption *simple*, remise en cause par la preuve d'une faute commise, ainsi qu'un d'un préjudice subi.

¹ DIMÉGLIO A., *op. cit.*

b. La nécessité d'une faute et d'un préjudice

L'article 1382 du Code civil établit l'exigence d'une part d'une faute commise par le défendeur, et d'autre part d'un préjudice subi par le demandeur. Le droit de la concurrence déloyale étant un droit de la responsabilité civile, il est gouverné par le même principe ; le droit des liens hypertexte en concurrence déloyale ne déroge pas à cette règle.

Ainsi l'absence soit d'une faute commise par le fournisseur du lien, soit d'un préjudice subi par l'éditeur du site pointé, soit de ces deux éléments, rend irrecevable l'action en concurrence déloyale.

A l'occasion de l'affaire *Stepstone*¹, les juges ont eu l'occasion de rappeler ces principes : « *La raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertexte et intersites puissent être effectués librement, surtout lorsqu'ils ne font pas, comme en l'espèce, directement sur les pages individuelles du site référencé.* » Il est donc rappelé que la liberté doit constituer le principe, et l'interdiction l'exception. Très classiquement, il est confirmé qu'une faute ne saurait être commise dans l'observation d'une règle établie, ou du moins d'un usage.

Toujours dans la même affaire, le Président du Tribunal de grande instance a pu indiquer « *Qu'on ne perçoit pas, en l'absence de quelque élément probant que ce soit, en quoi les activités de la société Ofir France compromettraient gravement la pérennité de la société Stepstone France et les 160 emplois qui y sont rattachés.* » C'est dire qu'en l'absence de préjudice prouvé et évalué, l'action ne saurait être accueillie.

¹ Tribunal de grande instance de Nanterre, ordonnance de référé, 8 novembre 2000, *Stepstone France c. Ofir France*.

L'établissement du lien doit donc, compte tenu des circonstances et des usages, constituer une faute ; et cette faute doit causer un préjudice *grave* au site pointé. Le simple fait de proposer un lien hypertexte n'ouvre donc pas, *même entre concurrents*, droit à réparation.

Cette liberté de principe, donc on peut se féliciter de la reconnaissance par les tribunaux français, connaît néanmoins certaines limites.

B. Les limites de cette liberté

Les limites posées par le droit de la concurrence déloyale à la liberté d'établissement d'un lien hypertexte sont essentiellement, selon la jurisprudence, de deux ordres : il peut s'agir de dénigrement (a), ou bien de confusion et de parasitisme (b).

a. Le dénigrement occasionné par un lien hypertexte

La première limite en droit de la concurrence déloyale au libre établissement des liens est le dénigrement. L'illustration en est l'affaire qui a opposé deux stations de radio, *NRJ* et *Europe 2*, dans un litige à la frontière entre responsabilité du fait du contenu de la ressource pointée et responsabilité du fait du lien lui-même. Comme nous allons le voir, la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris nous a fait penser que c'est bien dans cette Seconde partie qu'il fallait ranger l'arrêt.

Sur le site de la société *Europe 2* figurait un lien profond vers une page web dénommée : *The (un)official NRJ hate page*, ce qui a le mérite d'être explicite. Prenant connaissance de ces faits, la société *NRJ* a naturellement assigné sa concurrente.

Selon le Tribunal de grande instance de Paris, le dénigrement n'est pas causé par le contenu du site pointé, mais par le libellé du lien profond établi par *Europe 2* : « le préfixe « anti » constituait de la part d'un concurrent direct un élément dénigrant caractérisant un agissement déloyal. » Doit-on alors considérer que même en présence d'un lien simple, le caractère dénigrant du lien peut ressortir des termes employés par son fournisseur ?

En appel, le juge semblait porter l'accent à la fois sur la caractère profond du lien employé et sur le contenu du site pointé : « En créant sur son site un lien hypertexte donnant directement accès à la page web susvisée, *Europe 2* a manifestement cherché à mettre à la disposition des visiteurs de son site les propos dénigrant les produits de son concurrent direct. »

Il semble ici que le caractère profond du lien employé n'intervienne que de façon indirecte dans la décision de la Cour d'appel de confirmer le jugement de première instance ; en employant cette technique plutôt qu'en pointant vers une page d'accueil, *Europe 2* offrait en effet volontairement à l'attention de ses visiteurs les propos dénigrants.

Reste que le plus souvent, ce sont confusion et parasitisme qui sont reprochés au fournisseur de lien hypertexte en matière de concurrence déloyale.

b. La confusion et le parasitisme

Les deux affaires au centre desquelles s'est trouvé impliqué le moteur de recherche d'offres d'emploi *Keljob* ont permis à la jurisprudence de tracer la frontière entre liberté de lier et concurrence déloyale. Il semble ainsi que les liens profonds se prêtent assez facilement à la confusion et au parasitisme.

La société éditrice du site *Keljob* a en effet été successivement assignée par deux sociétés offrant, par Internet, des offres d'emploi à leurs visiteurs : *Cadres On Line* et *Cadremploi*.

La première de ces sociétés assignait *Keljob* en référé devant le Tribunal de commerce de Paris, qui rendit une ordonnance en date du 26 décembre 2000, dont il a déjà été question plus haut¹, et à l'occasion de laquelle le juge refuse d'étendre aux liens profonds l'autorisation tacite d'établir un lien hypertexte : « *S'il est admis que l'établissement de liens hypertexte simple est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits « profonds » et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site cible, sans passer par sa page d'accueil.* »

Le Président du Tribunal de commerce va même jusqu'à affirmer que tout établissement d'un lien profond « *sera considéré comme une action déloyale, parasitaire et une appropriation du travail et des efforts financiers d'autrui* ». Arnaud Diméglio² critique vivement cette prise de position : « *L'établissement d'un lien profond ne peut, en soi, avoir pour conséquence d'établir leur caractère déloyal. Le juge aurait donc pu reconnaître l'autorisation implicite de faire des liens profonds sans exclure la possibilité de les condamner sur le fondement de la concurrence déloyale.* »

Il faut le rejoindre sur ce point : n'autoriser que les seuls liens simples, en considérant pour ainsi dire automatiquement le lien profond comme déloyal, revient à priver le réseau Internet d'un de ses principaux atouts ; ne permettre à l'internaute que de naviguer entre des pages d'accueil reviendrait à rendre Internet beaucoup moins pratique, uniquement en raison de certains abus.

¹ Cf. *supra*, La reconnaissance de la liberté de lier par le juge.

² DIMÉGLIO A., Liens hypertexte : commentaires de l'affaire *Keljob*, *op. cit.*

Le juge semble toutefois atténuer la portée générale de ses considérations, par l'évocation d'un nombre limité de pratiques incontestablement condamnables : dénigrement du site cible, confusion (en faisant apparaître le site pointé comme une partie du site d'origine) ou encore parasitisme. Ce sont ces deux derniers comportements qui sont reprochés à *Keljob*, se voit ordonner de cesser de modifier ou d'altérer les codes sources des pages web de *Cadreonline*, de cesser de présenter lesdites pages sous une adresse autre que celle de *Cadreonline*, et enfin de cesser d'altérer les fonctions de navigation du site. La première partie du dispositif pose problème : on voit mal en quoi un lien profond peut « *modifier ou altérer* » le code source de la page pointée...

Dans la seconde affaire *Keljob* (contre *Cadremploi*), l'objet du litige n'est pas uniquement axé sur les liens hypertexte, mais également sur l'extraction de données issues de la base de données du demandeur ; compte tenu du domaine de notre étude, nous focaliserons notre analyse sur la première de ces questions.

Par une ordonnance du 8 janvier 2001, le Président du Tribunal de grande instance de Paris avait fait interdiction à *Keljob* de créer des liens profonds vers les pages secondaires du site *Cadremploi*. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 mai 2001, infirmait la décision du juge des référés et rejetait les demandes de *Cadremploi*, en l'absence d'extraction réelle à partir de la base de données de cette dernière, ni de concurrence déloyale ou de parasitisme, *Keljob* ayant effectué des investissements financiers et surtout portant à la connaissance du visiteur le changement de site lorsqu'il actionnait un lien hypertexte, même profond.

Le 5 septembre 2001, le Tribunal de grande instance de Paris statuait au fond, qualifiant les pratiques de *Keljob* comme des actes de concurrence déloyale, parasitaires. Toutefois, le juge ne se fonde pas cette fois-ci réellement sur les liens profonds, mais sur l'extraction d'offres depuis la base de données de *Cadremploi*, qu'à la différence de la Cour d'appel il estime illicite. La condamnation des liens profonds subsiste néanmoins, en raison de la cumulation de cette technique avec celle du *framing*, faisant alors apparaître le site cible comme celui de *Keljob*, et en masquant l'identité.

Ainsi, si l'établissement de liens profonds ne constitue pas *en soi* un acte de concurrence déloyale, la cumulation de cette pratique avec celle de l'extraction de données depuis la base de *Cadremploi*, ainsi qu'avec la contrefaçon de la marque de ce dernier, permet d'en affirmer en l'espèce le caractère illicite.

Pour Vanina Spacensky¹, la décision du Tribunal de grande instance « *a le mérite de préciser les conditions de licéité des liens dits profonds qui dépend notamment du degré de transparence avec lequel ces liens sont effectués* », mais se résume toutefois à « *la simple application à Internet des principes généraux issus de la théorie de la concurrence déloyale* ».

Il faut certes saluer le travail de la jurisprudence en matière de liens hypertexte, puisqu'en un temps réduit, et surtout en s'appuyant sur un nombre relativement faible de litiges, les juges français ont su faire le départ entre la nécessaire liberté d'établissement des liens hypertexte, et quelques comportements abusifs. Mais en l'absence d'une prise de position plus générale de la Cour de cassation, ou à défaut d'une Cour d'appel, certaines frontières restent floues, notamment au vu des différences entre les décisions rendues par le Tribunal de commerce et la Cour d'appel de Paris à l'occasion des deux affaires *Keljob*. Gageons que l'avenir apportera en la matière plus de réponses que de confusions.

¹ SPACENSKY V., Liens profonds : liberté sous conditions... Suite de l'affaire *Keljob*, *Clic-droit*, 7 décembre 2001.

Chapitre 2

Le droit prospectif : vers un statut du lien hypertexte ?

Les problèmes juridiques posés par le simple établissement d'un lien hypertexte entre deux sites Internet distincts sont donc nombreux. Dans chaque affaire, la jurisprudence, saisie de la question, recherche quelles règles de droit peuvent trouver vocation à s'appliquer, compte tenu d'une qualification juridique des faits rendue très difficile par le caractère éminemment technique de la question.

Devant cette diversité et cette complexité, il peut sembler judicieux de recourir à l'établissement d'un statut du lien hypertexte, qui permettrait de simplifier les débats, à la fois en déterminant la nature juridique du lien, et en donnant quelques clés quant au droit susceptible de s'y appliquer.

Dans un premier mouvement, cette idée donne lieu à des initiatives décentralisées, certains acteurs jugeant utile de sécuriser eux-mêmes leur environnement juridique en matière de liens hypertexte : ils ont alors recours à la contractualisation (Section 1).

Dans un second temps, l'insuffisance d'une telle approche peut conduire à souhaiter une fixation durable des données juridiques du problème par une intervention du législateur, ou du moins d'une autorité compétente. Il s'agit alors d'envisager la réglementation du statut du lien hypertexte (Section 2).

Section 1

Le choix d'un statut contractuel

La sécurité juridique constitue l'une des conditions les plus décisives d'un bon développement économique. Les entreprises sont donc très attachées à cet objectif, qu'elles cherchent à atteindre par leurs propres moyens, c'est-à-dire par l'établissement de contrats, qui visent à régler les aspects juridiques de leur activité à l'avance, considérant qu'il est plus judicieux de prévenir que de guérir.

En matière de liens, ce phénomène de contractualisation a essentiellement débouché sur deux tendances distinctes : la première est l'élaboration de politiques générales (§ 1), sensées informer utilisateurs et concurrents de la position adoptée par l'entreprise. La seconde réside dans la constitution de réseaux d'affiliation (§ 2), unissant à l'entreprise les sites désirant, contre rémunération, en faire la publicité tout en gagnant en crédibilité.

§ 1. – Les politiques générales en matière de liens

Soucieux de contrôler l'établissement de liens hypertexte vers leurs pages, de nombreux sites commerciaux ont développé une politique générale en la matière, en faisant le départ entre ce qu'ils considèrent comme acceptable, et les pratiques qu'ils ne toléreraient pas.

Si la plupart de ces sites proposent aujourd'hui des conditions générales d'utilisation à l'attention des autres sites (A), certains se sont regroupés pour proposer une déclaration commune en la matière (B).

A. Les conditions générales d'utilisation et les liens hypertexte

Après avoir présenté le contenu de ces stipulations (a), nous en rechercherons la valeur juridique, qui demeure incertaine (b).

a. Présentation

Devant l'augmentation du nombre de litiges en rapport avec leurs sites web, la plupart des sociétés commerciales exploitant un site ont mis en place des conditions générales d'utilisation, que tout visiteur serait censé consulter.

Ces déclarations rappellent évidemment la propriété de la société éditrice sur les différents éléments du site : logos, marques, textes, images, animations... Mais on retrouve également, conséquence de l'impact des litiges liés aux liens, ce qui est appelé aux États-Unis *linking policies* : autrement, des politiques générales en matière de liens.

Celles-ci contiennent, très classiquement, une clause de non responsabilité quant au contenu des sites vers lesquels le site visité peut renvoyer ; mais la plupart ne s'arrêtent pas en si bon chemin, et font donc suivre ces stipulations par une déclaration quant aux liens dont le site peut faire l'objet.

Ainsi, Air France¹ va jusqu'à déclarer : « *La mise en place de tout lien hypertexte vers tout ou partie du site www.airfrance.com est strictement interdite, sauf autorisation préalable et écrite d'Air France.* »

¹ www.airfrance.com

Chez le fournisseur d'accès à Internet Free¹, on affiche ainsi que toute personne désirent établir un lien vers le site devra « adresser un e-mail accessible sur le site afin de formuler sa demande de mise en place d'un hyperlien », Free se réservant bien entendu le droit d'accepter ou de refuser la demande en question. Chez Shell² également, on signale : « Vous ne pouvez pas établir de lien vers ce site sans notre consentement écrit et explicite ». American Express³ suit les mêmes principes : « American Express interdit la mise en mémoire cache, les liens hypertexte non autorisés vers le site et le tramage [framing] de tout contenu disponible sur le site. »

Même politique chez Sony⁴, où il est rappelé au visiteur qu'il est « obligé de demander une autorisation par écrit de l'exploitant de ce site avant de pouvoir créer un lien. Le soi-disant « Deep Linking » est strictement interdit ». Les liens profonds sont donc, en tout état de cause, interdits.

Manpower⁵ interdit également le *framing* : « Les liens vers ce site web sans l'autorisation écrite expresse de Manpower sont strictement prohibés. Les framing, mirroring⁶, l'aspiration ou l'extraction de données de tout ou partie de ce site sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit sont strictement prohibés. »

Disney⁷, aux États-Unis, annonce pour sa part qu'il se réserve « le droit de désactiver les liens établis par des tiers » vers son site, sans donner plus d'explications : est-il question de recours à la justice, ou d'intrusion chez le fournisseur du lien ?

A l'évidence, ces déclarations constituent autant de tentatives de refuser l'autorisation tacite d'établir un lien, reconnue par la jurisprudence. Il faut donc s'interroger sur leur valeur juridique.

¹ www.free.fr

² www.shell.fr

³ www.americanexpress.com/france

⁴ www.sony-cp.fr

⁵ www.manpower.fr

⁶ Pratique consistant à reproduire intégralement un site web pour le rendre disponible à une nouvelle adresse.

⁷ disney.go.com

b. Une valeur juridique incertaine

On peut en effet s'interroger sur la valeur juridique et la force obligatoire de telles déclarations. Selon une certaine interprétation de la théorie de l'autorisation tacite, cette dernière peut être retirée, même pour les liens simples, par l'éditeur d'un site web. Cette interprétation, on l'a vu, est semble-t-il reprise par le Président du Tribunal de commerce de Paris dans l'ordonnance de référé rendue le 26 décembre 2000 dans l'affaire opposant Keljob à Cadreonline¹. Il faut alors en effet considérer que l'autorisation tacite constitue une présomption simple, et que l'affichage de conditions d'utilisation du site hostiles à l'établissement de liens en apporte la preuve contraire.

Nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer notre scepticisme quant à une telle interprétation de la doctrine de l'autorisation tacite². En effet, de telles conditions d'utilisation constitueraient alors une preuve apportée *a priori*.

On pourrait également considérer que, de la même façon que les conditions générales de vente encadrent, comme leur nom l'indique, le contrat de vente, des conditions d'utilisation d'un site web peuvent tout à fait encadrer l'établissement de liens vers ce site. C'est oublier que si les conditions générales de vente ont effectivement la force obligatoire du contrat, c'est précisément parce qu'elles s'insèrent dans un cadre contractuel : le contrat de vente renvoie à elles afin de régler certains aspects de sa conclusion et de son exécution. Or, on ne saurait soutenir sérieusement que l'établissement d'un lien hypertexte donne, *de facto*, naissance à une relation contractuelle entre le fournisseur du lien et le site cible. La preuve en est que les litiges en matière de liens ont pour cadre le droit de la responsabilité civile délictuelle, donc hors contrat.

¹ Cf. *supra*, Chapitre 1, Section 2.

² Cf. *supra*.

On ne pourrait pas non plus soutenir avec sérieux que le simple fait de visiter un site web vaut acceptation d'un quelconque contrat. C'est pourtant ce que tentent d'imposer ces *conditions d'utilisation*. Leur valeur est plus proche, nous semble-t-il, de celle – très incertaine – des déclarations apposées en page de garde des sites pornographiques (« Je déclare être majeur... ») que de celle de conditions générales de vente.

S'il faut certes attribuer à ces textes le mérite de prévenir le fournisseur potentiel de lien des dangers d'un usage abusif du *framing* ou des liens profonds, il semble donc qu'il soit excessif de vouloir leur reconnaître une quelconque force obligatoire. Ce ne sont pas des contrats, mais de simples *déclarations unilatérales*.

En réalité bien conscients des limites – juridiques et pratiques – de ces mesures, certains acteurs se tournent donc vers des initiatives collectives.

B. Les initiatives collectives visant à limiter la liberté de lier

Après avoir présenté la plus récente et la plus emblématique de ces initiatives (a), nous tenterons d'en faire une analyse critique (b).

a. L'exemple du GESTE

Le GESTE, Groupement des éditeurs de services en ligne, est une association loi de 1901 ayant pour objet « *de créer les conditions économiques, législatives et concurrentielles indispensables au développement des services et éditions électroniques* ». Parmi ses membres, on retrouve notamment l'Agence France Presse, Europe 1, France Telecom, France Télévisions, Hachette, Le Figaro, Le Monde, Libération... Le GESTE, s'étant fixé pour objectif de défendre chaque fois que nécessaire les intérêts des éditeurs de contenu, a compris l'importance de la question des liens hypertexte au regard de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale, et a donc adopté une position sur le sujet, afin de privilégier les éditeurs de sites qui « créent » des contenus par rapport à ceux qui se contentent de référencer leurs concurrents et d'offrir des liens vers leurs sites.

Un certain nombre de membres du GESTE sont en effet signataires d'une *Charte de l'édition électronique*, comportant un paragraphe destiné aux liens :

« Il est possible de créer un lien vers un site sans autorisation expresse de l'éditeur, à la seule condition que ce lien ouvre une nouvelle fenêtre du navigateur.

« Dans les autres cas et notamment :

« – si vous souhaitez afficher le logo de l'éditeur,

« – si le contenu du site de l'éditeur doit s'intégrer dans la navigation de votre site, en particulier par voie de cadres (frames),

« – si l'accès aux pages contenant le lien vers le site de l'éditeur n'est pas gratuit, vous devez demander l'autorisation expresse de l'éditeur aux adresses figurant à la fin de cette charte.

« Il est précisé que la libre autorisation de faire un lien vers un site n'inclut pas la reproduction d'une partie du contenu, notamment un titre ou un sous-titre, pour fabriquer ce lien. »

Le GESTE a également rendu public en septembre 2002 un texte ayant pour titre *Position des éditeurs de services en ligne sur les liens hypertexte*, affirmant notamment :

« Pour le GESTE, doivent être soumis à autorisation, les liens hypertexte qui ont pour fonction de déclencher la représentation d'une œuvre (au sens des articles L. 122-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle) ou l'extraction d'une partie substantielle du contenu d'une base de données (au sens de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle et de la jurisprudence. »

Le GESTE recommande donc deux types de classifications pour les liens : la première, classique, selon la nature du lien – aux termes de laquelle les signataires de la charte n'entendent autoriser les liens, même simples, que s'ils ouvrent une nouvelle fenêtre de navigation –, et la seconde, inattendue, selon qu'un lien déclenche ou non une représentation au sens de la propriété intellectuelle. Il semble que ces deux conditions soient cumulatives ; ainsi, pour être « licite », un lien devrait à la fois ouvrir une nouvelle fenêtre et ne pas constituer une représentation d'une œuvre.

Ces deux textes appellent une analyse critique, compte tenu de la complexité qui résulte de leur combinaison, mais aussi de la position sans compris qui y est exprimée.

b. Analyse critique de la position du GESTE

En effet, la première difficulté concernant la position adoptée par le GESTE consiste à combiner ces deux textes. Certes, la *Charte* n'est pas signée par l'intégralité des membres de l'association ; mais, au moins pour ceux qui l'ont signée, comment l'interpréter à la lumière de la déclaration de septembre 2002 ?

Si, tandis que selon la charte, seuls doivent être implicitement autorisés les liens s'ouvrant dans une nouvelle fenêtre de navigation, en ajoutant que le lien ne doit pas non plus constituer une représentation, il faut comprendre que selon le GESTE, tout lien ne provoquant pas l'ouverture d'une nouvelle fenêtre de navigation constitue, *potentiellement*, une représentation dès lors qu'il pointe vers une œuvre au sens du Code de la propriété intellectuelle.

Or une telle position va à l'encontre à la fois d'une analyse minutieuse des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, des réflexions de la doctrine, mais aussi de la jurisprudence¹. En effet, il semblait établi qu'un lien hypertexte en lui-même ne saurait constituer une représentation, étant écarté le cas du lien automatique, suspect en raison de l'absence d'intervention de l'utilisateur.

Ainsi, si la position du GESTE devait être retenue par les juges voire le législateur, neuf liens sur dix seraient mis, *de facto*, « hors la loi ». Une telle solution ne serait pas tenable en pratique : une disposition aussi extrême, en plus de freiner sensiblement le développement – économique comme culturel – de l'Internet en France, serait inapplicable en raison du caractère transnational du réseau. Et la loi, lorsqu'elle est inutilement sévère, est purement et simplement inefficace : elle n'est pas appliquée.

Plus grave encore, un régime aussi restrictif constituerait inévitablement une grave entorse à la libre circulation de l'information, principe fondamental non seulement de l'Internet, mais d'abord de toute démocratie. D'un point de vue économique, le fournisseur du contenu originel disposerait par ailleurs d'un pouvoir excessif, autorisant de façon absolument arbitraire les sites désirant établir un lien vers lui. La loi organiserait, au sens du droit de la concurrence, une position dominante, dont les abus seraient à coup sûr très nombreux, et non moins certainement sanctionnés. C'est dire qu'une telle mesure ne servirait, à terme, ni l'éditeur de contenus, ni le fournisseur du lien.

Il est décevant de constater que, même ainsi regroupés et organisés, les éditeurs de sites web se montrent incapables de développer une politique raisonnable, tournée vers l'intérêt général. L'idée de pouvoir autoriser ou refuser, individuellement et *a priori*, les liens hypertexte vers un site, a le double tort d'être abusive et inapplicable en pratique.

Il est, en revanche, un concept connaissant un succès indéniable : celui des réseaux d'affiliation.

¹ Cf. *supra*, Chapitre 1, Les liens hypertexte et le droit d'auteur.

§ 2. – Les réseaux d'affiliation

La constitution d'un réseau d'affiliation permet à un éditeur de site d'organiser de façon rationnelle et efficace au moins une partie des liens hypertexte dont il fait l'objet. Après avoir présenté cette pratique (A), nous en ferons une analyse juridique (B).

A. Présentation générale

Il convient tout d'abord de définir ce qu'est un réseau d'affiliation et quels en sont les principes de fonctionnement (a) ; on donnera ensuite quelques exemples concrets (b).

a. La définition et les principes de l'affiliation

C'est bien sûr la publicité et les recettes qu'elle engendre qui se trouvent en réalité au centre des préoccupations des éditeurs de sites. Ainsi, le désir de contrôler l'établissement de liens hypertexte vers leurs pages s'explique de deux façons : la crainte de voir s'envoler ces recettes (les publicités sont souvent concentrées sur la page d'accueil du site, que les liens profonds rendent inopérante), mais également celle de servir de faire-valoir à une société considérée comme concurrente, comme dans le cas des affaires Keljob.

Des éditeurs de plus en plus nombreux décident, au lieu de chercher à contrôler à tout prix les liens hypertexte établis vers eux, d'organiser de véritables réseaux publicitaires autour de leur site, basés sur l'établissement de liens standardisés.

En effet, dans cette optique, un contrat d'affiliation passé avec les sites désirant afficher des liens vers celui de la société détermine un mode et un montant de commissionnement – sur les ventes réalisées, par exemple. Par l'emploi de cette technique, l'éditeur s'assure une visibilité importante sur le réseau, pour un coût inférieur au recours à la publicité classique, et en maîtrisant de plus une partie des liens hypertexte établis vers lui.

Le webmestre d'un site désirant établir un lien intègre dans le contenu de son site un lien vers le site au centre du réseau, et incite ses internautes à le suivre. A chaque fois qu'un internaute sera venu sur le site par ce lien, son parcours sera identifié. Lorsque le site au centre du réseau est un site marchand, on retiendra le plus souvent une rémunération sous forme de commission sur les ventes. Lorsqu'il s'agit d'un fournisseur de contenu, on peut prévoir une rémunération en fonction de l'audience drainée d'un site vers l'autre.

L'affilié est donc en quelque sorte un membre de la « force de vente » du « marchand ». De son côté, le webmestre est heureux d'offrir un service supplémentaire sur son site et de gagner des commissions sur les ventes, ou un forfait par nombre de clics.

Au lieu d'adopter une position purement défensive, en décidant simplement qu'il ne désire pas voir de liens établis vers son site, l'éditeur de site web adopte donc une attitude plus productive, recherchant activement des sites en manque de financement, et s'assure une meilleure visibilité grâce à eux¹.

Cela peut s'illustrer par quelques exemples simples.

¹ Voir notamment à ce sujet le site www.affiliationpro.com

b. Quelques exemples concrets

L'exemple le plus connu est celui d'Amazon.com, non seulement parce qu'il s'agit du plus grand réseau d'affiliation existant, mais surtout parce qu'Amazon est considéré comme l'inventeur de l'affiliation.

En effet, le célèbre site de vente en ligne mit en place à l'été 1996 le premier programme d'affiliation, dénommé *Amazon.com Associates Program*. Les sites s'inscrivant à ce programme établissent des liens (dont l'aspect graphique est à sélectionner au sein d'une bibliothèque) vers Amazon.com, et récupèrent donc des commissions. En décembre 1996, déjà quatre mille sites étaient affiliés à Amazon. L'été suivant, ce nombre passait à dix mille, puis à trente mille en 1998. En 2002, Amazon dénombrait plus de cinq cents mille sites affiliés.

Ainsi, Amazon peut acquérir de nouveaux clients tout en enrichissant indirectement son contenu éditorial, grâce à celui des sites affiliés. Il est intéressant de remarquer qu'Amazon, champion de l'affiliation, ne limite absolument pas l'établissement de liens hypertexte vers ses sites, même en dehors de toute affiliation. Les petites librairies, qui auraient pu se lancer sur le marché, se sont vues proposer de devenir des affiliés. Les concurrents potentiels sont donc devenus des alliés. Ainsi le fournisseur potentiel de lien, plutôt que d'établir simplement un lien vers le site marchand, a la possibilité d'une part de le faire de façon professionnelle (grâce au logo destiné à cet effet fourni par Amazon), et surtout moyennant rémunération.

Les premiers réseaux d'affiliation français datent seulement de 1999. Dans le domaine de la presse par exemple, le site Viapresse.com propose à ses affiliés de récupérer 10 % des ventes toutes taxes comprises réalisées à partir de leur site.

Dans le domaine juridique, le portail Juritel propose, lui, une rémunération de dix centimes d'euros par clic à ses fournisseurs de liens membres de son programme d'affiliation.

On voit bien que l'affiliation, si elle ne vise pas à remplacer purement et simplement le simple établissement de liens hypertexte, permet en revanche d'organiser en réseau les fournisseurs de liens les plus « sérieux », et ce à moindre coût, plutôt que de systématiquement refuser ce qui peut pourtant entraîner une meilleure visibilité sur le web.

Procédons à présent à une analyse plus juridique de cette technique.

B. L'analyse juridique de l'affiliation

Après une étude axée sur le contrat d'affiliation lui-même (a), nous envisagerons les conséquences juridiques de la constitution d'un réseau d'affiliation (b).

a. Le contrat d'affiliation

Le contrat d'affiliation est le contrat par lequel l'auteur d'un site web (l'affilié) accepte de devenir partenaire d'un site commercial (l'affilieur), moyennant versement d'une rémunération, en mettant en place un lien hypertexte qui pointe vers une page du site de l'affilieur.

Il existe principalement trois types de rémunération : au clic, en fonction du chiffre d'affaires généré par le lien de l'affilié, et au prospect, c'est-à-dire en fonction de l'audience pure et simple venue de l'affilié.

Le contrat d'affiliation s'analyse juridiquement en un contrat de courtage. Les courtiers rapprochent l'acheteur et le vendeur, sans s'obliger eux-mêmes. C'est précisément l'objet de l'affiliation sur Internet. La passivité de l'affilié se révèle par le fait qu'il se contente d'établir un ou plusieurs liens hypertexte vers l'affilieur. Il n'appartient pas à l'affilié de garantir la bonne exécution du contrat de vente ensuite passé entre le client et l'affilieur.

Les obligations de l'affilieur sont au nombre de deux : payer le prix convenu au contrat d'affiliation, et fournir des éléments permettant à l'affilier d'établir un lien hypertexte.

Le taux de rémunération est fixé unilatéralement et arbitrairement par l'affilieur. Les modalités de paiement sont elles aussi décidées par l'affilieur ; souvent, si le montant des rémunérations dues est inférieur à un seuil déterminé, il est reporté jusqu'à ce qu'il s'élève à ce seuil. Il s'agit donc dans la plupart des cas d'une *rémunération par paliers*.

La fourniture d'éléments permettant d'établir le lien hypertexte se fera le plus souvent sous la forme d'un code correspondant d'un formulaire de recherche renvoyant sur le site de l'affilieur, ainsi que d'éléments graphiques reprenant le logo ou la marque de celui-ci. La fourniture de ces derniers éléments ne confère à l'affilié qu'un droit d'usage dans le cadre du contrat d'affiliation.

Quant à l'affilié, sa principale obligation consiste à apposer, à ses frais et risques, les éléments de code sur son site, sans qu'il puisse y apporter modifications ou ajouts. L'affilié ne dispose en aucune façon des droits d'auteurs attachés aux éléments fournis par son cocontractant. La clause est d'importance pour les sites commerciaux, pour lesquels ces signes distinctifs constituent souvent la valeur principale de leur fond de commerce.

La mise en place d'un contrat d'affiliation peut être qualifiée d'acte de commerce au sens de l'article L. 110-1 du Code de commerce¹. Pour cette raison, certains programmes d'affiliation exigent l'accomplissement des démarches administratives préalables comme l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés ou la déclaration de l'activité à l'administration fiscale.

¹ Article L. 110-1 du Code de commerce : « La loi répute actes de commerce (...) 7° Toute opération de change, banque et courtage ».

Une fois exposées les obligations des parties au contrat d'affiliation, il faut se poser la question des conséquences juridiques de la constitution d'un réseau, au regard des liens hypertexte.

b. Le contrat d'affiliation et les tiers

Le plus souvent, les sites proposant des programmes d'affiliation ne cherchent pas spécialement à interdire tous les liens pouvant être établis vers leurs pages, leur politique vis-à-vis des liens étant caractérisée par l'ouverture.

Le contrat d'affiliation intègre une licence *non exclusive* : l'affilieur se réserve évidemment le droit de passer des contrats similaires avec de (nombreux) autres sites affiliés, et l'affilié peut (dans la plupart des cas) participer à d'autres programmes, même concurrents. Mais deux cas de figure, vis-à-vis des tiers à ce contrat, peuvent s'avérer problématiques.

Le premier apparaîtrait en cas de reprise par un site non affilié d'éléments graphiques distinctifs de l'affilieur, dans le cadre d'un lien hypertexte par exemple. Si l'affiliation n'a pas à proprement parler de conséquence directe sur le régime de la contrefaçon, il n'en reste pas moins que le site qui propose un programme d'affiliation dispose d'un argument supplémentaire au moment d'arguer d'une contrefaçon de marque contre un tiers peu scrupuleux. En effet, en mettant à la disposition de ses affiliés toute une gamme d'éléments graphiques qui constituent autant de signes distinctifs, l'affilieur montre bien qu'il n'entend pas mettre de tels signes à la disposition de *tous les sites* présents sur Internet.

Toujours dans le même cas de figure, c'est un affilié qui pourra obtenir gain de cause face à un site non affilié qui reprendrait les éléments graphiques du programme d'affiliation. En effet, si les deux sites sont en situation de concurrence, celui qui se donne l'apparence d'un affilié commet certainement un acte de concurrence déloyale (confusion, parasitisme) en profitant à la place ou en même temps que son concurrent de l'image de sérieux et de la confiance dont peut faire bénéficier l'appartenance au programme d'affiliation d'un site web particulièrement célèbre.

Enfin, si ses pages font l'objet de *framing* et/ou de liens profonds de la part d'un concurrent, le site proposant un programme d'affiliation dispose d'un élément particulièrement probant pour « désactiver » l'autorisation tacite : en mettant en place tout un réseau d'affiliation basé sur des liens hypertexte de type profond, il ne fait pas de doute qu'un site donné a entendu réserver cette autorisation à des partenaires de son choix.

En plus d'offrir une visibilité supérieure et mieux maîtrisée aux éditeurs de sites web, l'affiliation peut donc également être vue comme un dispositif de distribution sélective sur Internet.

Mais elle ne saurait constituer une solution radicale et universelle aux problèmes liés aux liens hypertexte ; en outre, certains sites estiment à juste titre ne pas avoir intérêt à développer un tel programme, sans pour autant renoncer à un minimum de contrôle sur les liens dont ils font l'objet.

La réglementation peut donc apparaître comme une solution plus large et certainement plus définitive à ces questions.

Section 2

Le choix de la réglementation

Lorsque l'ensemble des problèmes juridiques faisant obstacle à un développement prospère et serein est trop large pour être appréhendé par le seul contrat, il est naturel de se tourner vers une solution plus verticale, caractérisée par l'intervention de la société : c'est le choix de la réglementation.

Mais si cette solution peut régler plus durablement et plus largement les problèmes posés, elle est également bien plus délicate à mettre en place, de par son caractère souvent général et toujours impersonnel. Il conviendra donc préalablement d'examiner les conditions dans lesquelles une réglementation pourrait intervenir en matière de responsabilité du fait du lien (§ 1), avant de pouvoir en envisager le contenu (§ 2).

§ 1. – Les conditions d'une réglementation

Afin de définir les conditions d'une réglementation en matière de liens hypertexte, il conviendrait premièrement de faire un choix entre régulation et réglementation *stricto sensu* (A). Ensuite se poserait la question du législateur le mieux placé pour élaborer une telle réglementation (B).

A. Régulation ou réglementation ?

Nous examinerons successivement l'application aux liens hypertexte du concept de régulation (a), puis de celui de réglementation *stricto sensu* (b).

a. La régulation

Le concept de régulation peut premièrement s'entendre dans son sens le plus large, en considérant que la régulation de l'Internet par le droit s'effectue par l'action même du juge, qui applique aux situations nouvelles les dispositions existantes. Toutefois, cette section étant consacrée au choix de la réglementation comme facteur de sécurité juridique, nous devons écarter cette première acceptation par hypothèse.

La question des liens hypertexte constituant en réalité un des éléments du questionnement actuel autour de la réponse juridique au « phénomène Internet », il faut en réalité dénombrer deux options : la première consisterait à confier la régulation juridique d'Internet au Conseil supérieur de l'audiovisuel ou à l'Autorité de régulation des télécommunications. La loi sur la confiance en l'économie numérique ayant qualifié Internet de « sous-ensemble de la communication audiovisuelle », il apparaît que c'est la première de ces instances qui hériterait de ces compétences. La seconde option revient à attribuer la fonction de régulateur à une nouvelle autorité administrative indépendante, dédiée aux questions liées aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Quelle que soit l'option ainsi choisie, il semblera difficile à une autorité de régulation de faire respecter, notamment aux éditeurs de contenus étrangers, un droit des nouvelles technologies qui pose bien des problèmes à l'autorité judiciaire elle-même, comme a pu le montrer l'affaire Yahoo!, qui s'est finalement dénouée par la bonne volonté du portail.¹

De plus, le nombre de litiges susceptibles d'être portés à la connaissance d'une autorité de régulation statuant sur les questions relatives à Internet serait nettement supérieur à celui auquel doivent faire face, dans le cadre de leurs attributions, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Autorité de régulation des télécommunications, notamment en raison du nombre largement supérieurs d'acteurs concernés.

¹ Le site avait en effet supprimé les objets litigieux malgré la décision du juge californien selon laquelle Yahoo! n'était pas tenu de suivre le jugement de l'autorité judiciaire française.

Selon le Forum des droits sur l'Internet¹, « *La pratique quotidienne du réseau conduit à constater très clairement, d'une part, que bon nombre de règles de ce droit [le droit de la communication audiovisuelle] ne sont pas adaptées à l'Internet et, d'autre part, que son autorité de régulation n'est pas dotée de l'ensemble des compétences juridiques et de la légitimité nécessaires pour assurer un tel rôle.* »

La régulation semble donc fournir un cadre un peu trop « étroit » au vu du nombre de questions soulevées et d'acteurs impliqués en matière de droit de l'Internet. Pour cette raison, il nous semble plus opportun de se tourner vers une réglementation « classique », spécialement pour la question de la responsabilité du fait de l'établissement d'un lien hypertexte.

b. La réglementation

Devant les limites de la logique de régulation, il semble nécessaire, si l'on considère indispensable d'établir en droit positif un régime pour la responsabilité du fait de l'établissement d'un lien hypertexte, de se tourner vers la forme traditionnelle de réglementation.

Toutefois, le recours à la réglementation comme méthode d'élaboration du droit positif n'exclut pas celui à une autorité régulatrice pour faire respecter la règle. On peut penser, avec le Forum des droits sur l'Internet², qu'il est nécessaire « *de mettre en œuvre une régulation originale de ces services sans pour autant que celle-ci conduise à la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit.* »

¹ Le Forum des droits sur l'Internet, *Recommandation Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rendue publique le 6 février 2003.

² Le Forum des droits sur l'Internet, *Recommandation op. cit.*

Fixer les grands principes du droit des liens hypertexte dans un texte législatif aurait bien évidemment l'avantage d'offrir une grande sécurité juridique à tous les éditeurs de site, aujourd'hui réduits à rédiger des « conditions d'utilisation » dont a vu le peu de valeur juridique¹. Mais il subsiste le risque de voir les dispositions prises devenir assez rapidement obsolètes si elles ne sont pas assez générales : il faut penser que si une telle initiative avait été prise en 1995, lorsque le *framing* n'existait pas encore², son intérêt serait aujourd'hui très limité.

Une disposition trop « précise » pourrait subir le même sort, au vu de la vitesse à laquelle se développe le langage de conception des sites web. L'exercice se révélera donc délicat.

A l'heure de l'intégration européenne, il faut de plus se poser la question de savoir de quelle autorité doit venir une telle initiative : législateur national ou communautaire ?

B. Quel législateur ?

La France a montré qu'elle savait jouer un rôle pionnier en matière de droit des nouvelles technologies, notamment en matière de protection des données personnelles avec la loi Informatique, fichiers et libertés³. Mais le droit communautaire semble vouloir s'arroger toutes les compétences dans ce domaine. Nous examinerons les deux options : législateur national (a) et communautaire (b).

¹ Cf. *supra*, Section 1, Contractualisation.

² La technique du *framing* a été intégrée au langage HTML (Hypertext markup langage) pour la première fois dans le logiciel de navigation Netscape Navigator dans sa version 2.0, en 1996.

³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

a. Le législateur national

Le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, actuellement en cours d'examen par le Parlement, fixe les règles concernant la responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet.

Le législateur français pourrait donc intervenir en insérant dans ce projet, à côté de la responsabilité des intermédiaires « classiques » (fournisseur d'accès, hébergeur...), une disposition concernant les fournisseurs de liens hypertexte, qui en effet peuvent être considérés – en opportunité, mais non encore en droit – comme des intermédiaires. Simplement, il ne s'agit pas d'intermédiaires techniques, mais d'intermédiaires « éditoriaux ». Une telle mesure viendrait alors rejoindre le dispositif présent dans la loi sur la liberté de communication audiovisuelle¹, telle que modifiée notamment par la loi du 1^{er} août 2000².

Mais la loi du 1^{er} août 2000 et le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique doivent en partie leur contenu aux directives européennes que la France, conformément au droit communautaire, est tenu de transposer sous peine de sanction.

b. Le législateur communautaire

C'est dire en effet que si le droit communautaire va en importance grandissante au fil du temps, un de ses domaines de prédilection semble depuis quelques années devenir le droit des nouvelles technologies, ou plus généralement, le droit de l'information et de la communication.

¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

² Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000.

Cela s'explique en grande partie que les nouvelles technologies de l'information et de la communication, s'affranchissant par nature des frontières nationales, appellent une régulation aussi globale que possible d'un point de vue géographique. Cette assertion se vérifie facilement en matière de liens hypertexte, domaine dans lequel la question s'est posée quasiment simultanément aux juges américains et européens. En Europe même, le juge français a pu examiner la question pratiquement au même moment que ses confrères allemand, danois, britannique, belge, néerlandais, etc¹.

Devant la multiplication d'affaires qui, aux quatre coins de l'Union européenne, posent des questions assez similaires (autorisation tacite, licéité des liens profonds, du *framing*, concurrence déloyale), la réponse appropriée semble devoir être plutôt attendue du côté du législateur communautaire.

Ce dernier a en effet notamment su traiter auparavant² les questions du *spamming* et des publicités non sollicitées sur Internet, ainsi que de la responsabilité des intermédiaires techniques (*mere conduit* et *caching* par exemple).

Il serait donc à nos yeux logique que la tâche de réglementer sur le régime des liens hypertexte revienne au législateur communautaire.

Les conditions d'une réglementation étant établies, reste à en évoquer la part la plus importante : son contenu.

§ 2. – Le contenu d'une réglementation en matière de liens

On peut, sans sombrer dans le manichéisme, faire le départ entre deux types de conceptions, dans l'optique d'inscrire en droit positif les principes qui régiront la responsabilité du fait de l'établissement d'un lien hypertexte.

¹ En ce sens, et pour un suivi des affaires en matière de liens hypertexte dans toute l'Europe comme aux États-Unis, voir OTT S. A., *Links and Law*, www.linksandlaw.com.

² Voir notamment la directive « Commerce électronique » 2000/31/CE du 8 juin 2000.

La première approche peut être qualifiée de modératrice (A) ; elle ne vise pas à interdire totalement le lien hypertexte, mais à en prévoir les effets néfastes de façon à offrir un maximum de sécurité juridique. La seconde, plus libérale (B), s'appuie au contraire sur la libre circulation de l'information sur le réseau.

A. Une approche modératrice

Dans un souci de sécurité juridique pour les différents acteurs économiques de l'Internet – hébergeurs comme éditeurs de contenu, et même fournisseurs de liens –, deux objectifs doivent être poursuivis : limiter la portée de l'autorisation tacite (a), et interdire certains types de liens, jugés sources d'insécurité par nature (b).

a. Limiter la portée de l'autorisation tacite

Les travaux de la doctrine et de la jurisprudence ayant « déblayé le terrain », il est aujourd'hui assez clair qu'une réglementation sur les liens hypertexte devrait certainement fixer la portée de l'autorisation tacite. Tout en sachant, « en creux », que là où cette dernière s'arrête commence le régime de l'autorisation *tout court*.

La sécurité juridique maximale, tant pour les éditeurs de contenu (soucieux de ne pas voir leurs sites « parasités » par les liens) que pour les fournisseurs de liens (peu enclins aux procès à répétition) consiste en toute logique à augmenter le champ du régime d'autorisation classique, et donc à réduire celui de l'autorisation tacite. Car en effet lorsqu'un lien est expressément autorisé par le site vers lequel il pointe, les risques de litige sont pour le moins réduits.

Il resterait nécessaire, dans un premier temps, de rappeler que « *Le simple fait de publier un site sur le réseau Internet porte autorisation tacite pour les autres sites d'établir des liens hypertexte vers le site publié.* »

Il conviendrait dans la fouée de limiter la portée de l'autorisation tacite aux seuls liens simples, décidant alors que *« L'établissement d'un lien hypertexte est néanmoins soumis à l'autorisation de l'éditeur du site vers lequel il renvoie dès lors que ce lien pointe vers une autre page que la page d'accueil du site cible, ne s'ouvre pas dans une pleine fenêtre de navigation, ou est activé sans intervention de l'internaute. »*

Serait alors prévu un dispositif permettant à l'éditeur d'un site de faire retirer tout lien remplissant au moins l'une de ces conditions. Un tel dispositif pourrait se rapprocher de celui retenu dans le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique en matière de contenus illicites, à son article 43-8¹. Il s'agirait donc de mettre en place une procédure de *« notice and take down »*, notification et retrait, qui pourrait être prévue ainsi : *« Dès lors qu'il constate qu'il est établi vers son site un ou plusieurs liens hypertexte remplissant l'une de ces conditions, l'éditeur du site web faisant l'objet de ce lien notifie à celui du site proposant le lien, par lettre recommandée avec accusé de réception, les dispositions du présent article, ainsi que le caractère illicite des liens mis en cause. Suite à cette notification, le fournisseur des liens illicites a obligation d'agir promptement pour retirer ou modifier les liens litigieux. »*

Ainsi, une fois la notification effectuée, le fait de ne pas retirer ou modifier les liens constituerait pour leur fournisseur une faute au sens de la responsabilité civile, ouvrant donc droit à réparation sur le terrain des articles 1382 et surtout 1383² du Code civil ; l'action en concurrence déloyale serait donc alors ouverte à l'éditeur du site cible.

¹ Sur le plan civil, l'article 43-8 nouveau envisage que la responsabilité des hébergeurs ne peut être engagée du fait de la diffusion des informations ou des activités qu'ils stockent que si, *« dès lors qu'ils en ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite, elles n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible »*.

² L'article 1383 du Code civil dispose en effet : *« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »*

Un tel dispositif assurerait donc une certaine sécurité juridique. Mais certains¹, plus inquiets des mauvaises utilisations de la technique, plaident pour une interdiction complète de certains types de liens.

b. Interdire certains types de liens

Il est vrai qu'interdire purement et simplement les techniques les plus litigieuses assurerait une sécurité maximale. Il faudrait alors décider que « *L'établissement d'un lien hypertexte ayant pour cible un site Internet différent de celui sur lequel il est installé est interdit lorsque ce lien est activé sans intervention de l'internaute, ou lorsque le site dont il fait l'objet ne s'affiche pas dans une pleine fenêtre de navigation.* » Ainsi seraient prohibés liens automatiques et *framing*. On soumettrait alors à autorisation les liens profonds. Pour le reste, la procédure vue plus haut (notification et retrait) serait conservée, permettant, en cas de manquement du fournisseur de lien, l'engagement de sa responsabilité civile. Les liens simples, eux, resteraient régis par l'autorisation tacite.

Qu'il s'agisse d'interdire certains liens, ou simplement de les soumettre à autorisation, force est de constater que la question des liens hypertexte serait grandement simplifiée et les litiges réduits à leur plus simple expression, le plus souvent en référé.

Face à cette conception, il est possible de développer une approche plus libérale, basée sur la libre circulation des informations et la neutralité technologique.

¹ Voir SABLEMAN M., *Link Law: The Emerging Law of Internet Hyperlinks*, www.ldrc.com.

B. Une approche libérale

Considérant que la sécurité juridique ne résulte pas nécessairement de l'établissement de règles restrictives de liberté, mais simplement de la stabilisation du droit positif, il est possible d'envisager de répondre à cette exigence tout en préservant une liberté aussi grande que possible en matière de liens hypertexte.

Il s'agirait alors de consacrer dans un premier temps une conception large de l'autorisation tacite (a), avant de reconnaître en matière de liens hypertexte le principe de neutralité technologique (b).

a. Consacrer l'autorisation tacite

Selon le Forum des droits sur l'Internet¹, « *Un principe doit être posé : l'établissement d'un lien est libre.* » Comme son nom l'indique, une conception libérale du statut du lien hypertexte doit être gouvernée par ce principe.

C'est dire que dans l'optique d'une réglementation d'origine législative, l'autorisation tacite, meilleure garante de cette liberté, doit occuper une large place, laissant figurer l'interdiction au simple rang d'exception. Ainsi, on pourrait rédiger une disposition comme suit : « *Le simple fait de mettre en ligne un site sur le réseau Internet porte autorisation tacite de voir établir des liens sur ce site. Ce principe s'applique sans préjudice aux droits des tiers, en cas de comportement manifestement abusif.* »

¹ Forum des droits sur l'Internet, Recommandation *Hyperliens : statut juridique*, rendue publique le 3 mars 2003.

La notion d'abus manifeste permettrait de ne réprimander le fournisseur de lien que dans les cas où il est décelé une *intention manifeste* de profiter de l'autorisation tacite d'établir des liens hypertexte dans le but de nuire à autrui, ou de retirer des bénéfices de son activité sans fournir d'effort. Une telle rédaction ferait donc appel à la théorie classique de l'*abus de droit*. En accord avec la tradition libérale, *la liberté constituerait le principe et l'interdiction l'exception*.

Il s'agirait ainsi de reconnaître que les litiges liés notamment aux liens profonds et au *framing* ne trouvent pas leur cause réelle dans la nature même de ces liens, mais bien dans le comportement fautif de ceux qui en font un usage malveillant.

Il semble en effet qu'en réalité, le meilleur moyen d'assurer une sécurité juridique *durable* soit de reconnaître un autre principe : la neutralité du lien hypertexte.

b. Reconnaître la neutralité du lien hypertexte

Dans sa recommandation sur le statut des liens¹, le Forum des droits sur l'Internet rappelle : « *Si le lien n'est qu'un « chemin », notion fondant la liberté de se déplacer sur le web, cela a pour conséquence sa neutralité au regard des législations auxquelles il peut être confronté.* »

Cette notion a déjà été en partie présentée à l'occasion de l'étude des rapports entre propriété intellectuelle et lien hypertexte.² Comme le rappelle Mark Sableman³, « *Les liens hypertexte doivent être examinés de façon neuve. Ils ne sont rien de plus qu'une version automatisée des « notes de bas de page ».* »

¹ *Op. cit.*

² *Cf. supra*, Chapitre 1, Section 1 : Lien hypertexte et droit d'auteur.

³ SABLEMAN M., *op. cit.*

Reconnaître la neutralité du lien hypertexte revient à décider de ne pas forcément, pour chaque litige voire chaque branche du droit, rechercher *in abstracto* le régime à appliquer lors de l'établissement d'un lien. Le Forum des droits sur l'Internet¹ énonce encore : « *La légalité d'un lien doit être analysée, au cas par cas, en fonction des atteintes éventuelles aux droits des tiers que l'établissement de ce lien peut constituer.* »

L'Internet est un média, c'est-à-dire, littéralement, un simple « moyen » de communication, et les liens hypertexte, qui en sont devenus (avec l'émergence du World Wide Web) la colonne vertébrale, ne sont qu'une technique de renvoi propre à ce média.

Car en effet le principe de neutralité technologique commande de ne considérer le moyen technique que, précisément, comme un moyen, c'est-à-dire un élément de forme ; respecter ce principe, c'est intégrer la technique pour pouvoir mieux se concentrer sur le fond.

A cet égard, la question des liens hypertexte constitue une véritable parabole de la question du droit de l'Internet prise en son entier. Il est en effet temps de mieux comprendre les nouvelles technologies, pour reconnaître leur neutralité et ainsi ne pas laisser l'incompréhension, la peur et les préjugés gouverner à l'élaboration du droit.

¹ Forum des droits sur l'Internet, *op. cit.*

Seconde partie

La responsabilité du fait de la ressource pointée

Chapitre 1

Le lien hypertexte et les régimes généraux de responsabilité

Si l'établissement d'un lien hypertexte entre deux sites fait naître des problèmes juridiques « horizontaux » entre fournisseur du lien et site pointé, le fait de proposer un lien vers un site renfermant des contenus susceptibles de tomber sous le coup de la loi entraîne des problèmes juridiques « verticaux », exposant le fournisseur du lien à une responsabilité du fait du caractère illicite de la ressource pointée.

La victime du préjudice est alors extérieure au couple formé par le fournisseur du lien et sa cible. Ici en effet, c'est la responsabilité de l'auteur de la ressource pointée par le lien qui rejait en quelque sorte sur le fournisseur de ce dernier.

Considérant qu'il convient premièrement de rechercher les régimes généraux de responsabilité applicables à de telles situations, nous analyserons dans un premier temps les cas où l'établissement d'un lien hypertexte vers une ressource illicite fait naître pour le fournisseur du lien une responsabilité civile délictuelle, bien connue des civilistes (Section 1).

Ceci fait, nous nous tournerons vers l'autre grand régime général de responsabilité, c'est-à-dire celui organisé par le droit pénal : il conviendra alors de rechercher quelles sont les infractions d'ordre général susceptibles d'être commises par celui qui établit un lien vers une ressource illicite (Section 2).

Section 1

La responsabilité civile du fait de la ressource pointée

La publication de certains contenus sur l'Internet peut certainement engager la responsabilité civile de leur auteur¹. Mais cette responsabilité existe-t-elle, par ricochet, pour celui qui se contente d'établir un lien vers un tel contenu ?

Le droit de la responsabilité civile délictuelle connaît trois grandes catégories : la responsabilité du fait personnel (§ 1), la responsabilité de fait de la négligence (§ 2), et enfin la responsabilité du fait des choses (§ 3). Nous rechercherons, pour chacune d'entre elles, si elles ont vocation à s'appliquer à l'établissement d'un lien hypertexte.

§ 1. – La responsabilité du fait personnel

La responsabilité du fait personnel est prévue par l'article 1382 du Code civil, qui dispose : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

Après avoir rappelé le fonctionnement de ce régime de responsabilité (A), nous en étudierons l'applicabilité en cas d'établissement d'un lien hypertexte (B).

A. L'article 1382 du Code civil

Le régime institué par l'article 1382 du Code civil est le plus général en matière de responsabilité civile délictuelle. Il repose sur la commission d'une *faute* (a), causant à la victime un *préjudice* (b).

¹ DUPUIS-TOUBOL F., TONNELIER M.-H., LEMARCHAND S., Responsabilité civile et Internet, *JCP* 1997, E, I, 640.

a. La faute

La faute peut être définie comme « *la défaillance de l'homme qui n'accomplit pas son devoir* »¹. Mais il est difficile d'en poser une définition plus juridique, moins morale.

La faute est généralement appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire hors des considérations relatives aux circonstances de sa commission ou à la personne l'ayant commise.

Elle ne se réduit pas à la simple illicéité, puisqu'elle ne repose pas forcément, au contraire de cette dernière, sur une « *méconnaissance du sentiment de justice* »². La faute repose en effet également sur un élément plus subjectif, à savoir le caractère prévisible, évitable du dommage.

La notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil est la plus large possible, jusqu'à revêtir parfois même une consonance morale. Cette acceptation étendue semble ressortir de la volonté du législateur ; elle est en effet la conséquence directe de la rédaction très lapidaire de l'article.

Cette faute, dont il est acquis qu'elle doit être recherchée en son sens le plus large, doit causer un préjudice à la victime.

b. Le préjudice

Le préjudice est la conséquence directe du dommage. Ce dernier étant la conséquence « matérielle » de la faute commise, le préjudice est la perte, le mal, la souffrance qui en résulte. Ainsi, de même que l'on distingue entre dommage matériel et dommage moral, on doit faire le départ entre préjudice matériel et préjudice moral ; mais sans toutefois penser qu'au dommage matériel correspond exclusivement le préjudice matériel, par exemple.

¹ MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Les obligations*, éd. Cujas, Première partie, Livre I.

² *Ibid.*

Il faut et il suffit que le dommage soit personnel, direct et certain pour que soit reconnue l'existence d'un préjudice¹.

Reste à savoir si ces critères, solidement établis par la jurisprudence au fil du temps, sont applicables à l'établissement d'un lien hypertexte.

B. Applicabilité

Afin de vérifier l'applicabilité du régime de l'article 1382 du Code civil aux liens hypertexte, il conviendra dans un premier temps d'étudier la pierre angulaire de ce régime : la notion de causalité (a). On recherchera ensuite dans quelle mesure il est possible de considérer l'établissement d'un lien hypertexte comme une faute (b).

a. La notion de causalité

En effet, pour que l'article 1382 du Code civil puisse s'appliquer, il faut qu'il existe entre le fait générateur – la faute – et le préjudice un lien de causalité. Or le Code civil se borne à poser l'exigence d'un rapport de causalité, sans le définir.

Selon la théorie de l'équivalence des conditions, tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit en sont la cause, de manière équivalente. Cette théorie fonctionne tant que la cause constitue le fondement exclusif de la responsabilité ; elle donne à un dommage un nombre infini de causes.

La théorie de la causalité adéquate, pour sa part, cherche parmi les antécédents du dommage le fait adéquat, c'est-à-dire celui dont on peut considérer qu'il en est la véritable cause. C'est dire que les faits autres que celui retenu à ce titre pourraient alors endosser une causalité « partielle ».

¹ Cour de cassation, deuxième chambre civile, 23 mai 1977 : *Gazette du palais* 1997, 2, 677.

Si ces considérations peuvent paraître, *a priori*, éloignées de la question du lien hypertexte et de la responsabilité qui peut en découler, il n'en est en réalité rien : le choix entre équivalence des conditions et causalité adéquate est capital dès lors que l'on se pose la question de savoir si un lien hypertexte peut, du fait de la ressource vers laquelle il pointe, engager la responsabilité de son auteur au titre de l'article 1382 du Code civil. En effet, en supposant que le préjudice causé par la publication sur Internet d'un contenu est réel, il reste à se demander quelle est la causalité réelle entre ce préjudice et l'établissement d'un lien hypertexte : le lien constitue-t-il le « *fait générateur du dommage, c'est-à-dire un fait qui en a été la condition nécessaire, sans lequel le dommage n'aurait pas existé* »¹ ? C'est dire que rechercher la causalité revient dans notre cas à rechercher si l'établissement du lien constitue une faute, dès lors que la ressource pointée qui est à la source du préjudice.

b. L'établissement d'un lien considéré comme une faute

C'est ainsi que la création par une société d'un lien pointant vers un site dénigrant les produits de son concurrent direct a été jugée comme caractérisant un acte de concurrence déloyale.

La société Europe 2 avait en effet créé un lien profond sur son site, nommé « anti-NRJ », renvoyant vers une page web suédoise reproduisant la marque NRJ en dénigrant ses programmes radiophoniques. Le Tribunal de grande instance de Paris avait alloué à NRJ, le 30 juin 1999, une indemnité symbolique d'un franc, considérant que « *le préfixe ANTI constituait de la part d'un concurrent direct un élément dénigrant caractérisant un agissement déloyal* ».

¹ MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *op. cit.*

La Cour d'appel avait porté cette indemnité à 250 000 francs : « *Europe 2 a manifestement cherché à mettre à la disposition des visiteurs de son site les propos dénigrant les produits de son concurrent direct ; ce comportement fautif émanant d'un concurrent direct est en soi un acte de concurrence déloyale* »¹.

Pour Cyril Rojinsky², « *la création d'un lien vers un contenu illicite n'est pas, en elle-même, source de responsabilité. Seule compte ici la finalité attachée au lien, et non seulement son existence* ».

La faute sanctionnée par les juges du fond n'est donc pas l'établissement du lien en lui-même, mais bien la « *démarche délibérée et malicieuse entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine* ». C'est dire que la faute doit en la matière être appréciée *in concreto*. On peut alors affirmer, avec MM. Mazeaud, que « *tout dépend des circonstances particulières de la cause* »³.

Il faut à présent voir si, concernant la responsabilité du fait de la négligence, les choses sont moins ambiguës.

§ 2. – La responsabilité du fait de la négligence

L'article 1383 du Code civil dispose : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* »

Il conviendra en premier lieu de rappeler l'économie générale de cette disposition (A) ; on en étudiera ensuite l'applicabilité au domaine qui nous intéresse ici (B).

¹ Cour d'appel de Paris, quatrième chambre, 19 septembre 2001.

² ROJINSKY C., La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible, *Juriscom.net*, le 17 décembre 2002.

³ MAZEAUD H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, L.G.D.J., tome II.

A. L'article 1383 du Code civil

L'article 1383 du Code civil prévoit deux cas dans lesquels la responsabilité peut être engagée, en plus du fait personnel de l'auteur *stricto sensu* : la négligence (a) et l'imprudence (b).

a. La négligence

La négligence se définit comme une faute non intentionnelle¹, résultant d'un manque de vigilance. Manque de soin, d'application, d'exactitude, elle est le défaut de celui qui, conscient qu'un devoir lui incombe, n'estime pas nécessaire de l'accomplir.

Ainsi l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel².

De la négligence, se démarque sensiblement l'imprudence.

b. L'imprudence

La personne imprudente est celle qui agit sans se préoccuper du danger ou des conséquences dommageables de ses actes, de ses propos. Ainsi une action imprudente peut être caractérisée par son caractère irréfléchi : tandis que la négligence suppose qu'a été méconnue une obligation préexistante, l'imprudence dénote donc un manquement simultané par rapport l'action, dont l'évaluation peut se faire de façon plus abstraite.

¹ En effet, il est établi que la faute civile ne requiert pas un caractère intentionnel : Cour de cassation, deuxième chambre civile, 23 novembre 1972 : *Gazette du palais*, 1973, 1, 417.

² C'est le fameux arrêt Branly : Cour de cassation, chambre civile, 27 février 1951 : *Dalloz* 1951, 329.

Ainsi est reconnue la faute d'un huissier, procédant à une vente d'objets mobiliers, consistant à n'avoir pas interdit l'accès à un local dont le plancher était dangereux¹.

De ces considérations, on peut déduire quelques principes appliqués à l'établissement d'un lien hypertexte.

B. Applicabilité

La responsabilité du fournisseur de lien pourrait en effet être engagée si en créant ce lien ou en le maintenant, il manque à son devoir de diligence (a) ou de prudence (b). Il restera à déterminer si la combinaison de ces obligations ne crée pas pour le fournisseur de lien une obligation de surveillance générale sur les ressources pointées (c).

a. Le devoir de diligence

Le devoir de diligence pourrait être mis en avant dans le cas où un fournisseur de lien serait informé, par exemple par l'auteur d'une œuvre, que son site renvoie vers une contrefaçon.

Dans le cas où cette dernière est manifeste, il apparaîtrait ainsi possible de retenir contre la personne qui n'a pas supprimé ce lien un manquement à son devoir de diligence et, partant, d'engager sa responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1383 du Code civil.

¹ Cour de cassation, deuxième chambre civile, 16 octobre 1991 : *Bulletin civil*, II, n° 260.

En effet, son manquement constituerait un refus de contribuer à l'effort de l'auteur qui fait respecter son droit exclusif ; le fournisseur du lien serait ainsi responsable d'une partie au moins du préjudice causé par la contrefaçon.

Le devoir de prudence, lui, peut être avancé sans l'intervention d'un tiers.

b. Le devoir de prudence

De même que l'imprudence ne s'estime pas forcément au regard de conditions préexistantes, le devoir de prudence peut souffrir un manquement sans l'intervention préalable d'un tiers.

Ainsi, le fournisseur de lien qui renvoie volontairement et manuellement vers un site dont le nom de domaine, par exemple, laisse assez clairement entrevoir le caractère illicite, ou simplement attentatoire au droit des tiers, commet sans doute une *imprudence*, au sens de l'article 1383 du Code civil. Sa responsabilité n'est certainement pas la même que celle de l'auteur du site visé par le lien ; reste qu'en vertu d'une application scrupuleuse de cette disposition, elle n'en n'est pas moins réelle.

On comprend intuitivement que la personne qui fournit un lien vers un site dont le nom de domaine laisse penser, par exemple, qu'il contient des photographies pornographiques pédophiles, sans même rechercher si ce type de contenu est effectivement présent, manque à tout le moins à son devoir de prudence.

Plus proche de l'atteinte au droit des tiers qui caractérise la responsabilité civile, on pourrait également admettre qu'un individu proposant un lien vers un site dont le seul nom sous-entend qu'il contient des photographies dénudées non autorisées d'une personne publique, commet une imprudence.

Mais n'est-ce pas déjà établir une obligation de surveillance générale pesant sur le fournisseur de lien hypertexte ?

c. Vers une obligation de surveillance générale ?

Faut-il déduire de ces considérations que le fournisseur de lien hypertexte est, du simple fait des mécanismes de responsabilité civile délictuelle, soumis à une obligation de surveillance générale sur les sites vers lesquels il renvoie ?

Une interprétation extensive des dispositions de l'article 1383 du Code civil conduirait à faire des devoirs de diligence et de prudence une sorte de code de conduite du fournisseur de liens, applicable en toute circonstance. On ferait alors peser sur ce dernier l'obligation, pour chaque lien, de vérifier premièrement que le contenu du site visé ne « semble » pas illicite ; et ensuite de rester à l'écoute, pour contrôler chaque fois que nécessaire, et sur demande des tiers, qu'aucun de ses liens ne peut le mettre en difficulté.

Un tel système avait été mis en place par la jurisprudence, avant la loi du 1^{er} août 2000, concernant les fournisseurs d'hébergement¹. Mais même dans ce cadre – où il existe pourtant, à la différence de la situation qui nous intéresse, une relation contractuelle –, le législateur lui-même n'a pas jugé opportun de consacrer une conception aussi contraignante.

C'est dire que si les dispositions de l'article 1383 du Code civil imposent certes au fournisseur de lien un devoir de diligence et de prudence, il n'en résulte pas pour autant une obligation *générale*, donc *abstraite*. Au contraire, le respect de ces devoirs devra être vérifié *au cas par cas* par le juge, au vu des circonstances.

Ainsi, comme il est, au fond, naturel de le faire en matière de responsabilité civile délictuelle, le juge devra continuer de rechercher une faute, un dommage et un lien de causalité entre ces deux éléments.

¹ Avec notamment l'affaire « Estelle », Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, Lacambre c. Estelle Hallyday : *Dalloz* 1999, 389.

Il nous reste à examiner un dernier type de responsabilité, qui pourrait également trouver à s'appliquer en matière de liens hypertexte : la responsabilité du fait des choses.

§ 3. – La responsabilité du fait des choses

En effet, l'article 1384 du Code civil ajoute un cas supplémentaire de responsabilité ; une responsabilité *sans faute* : (alinéa 1^{er}) « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* »

Comme à l'accoutumée, nous étudierons le fonctionnement de cette responsabilité (A), avant d'en rechercher l'applicabilité à l'établissement de liens hypertexte (B).

A. L'article 1384 du Code civil

A son alinéa premier, l'article 1384 du Code civil organise une responsabilité du fait « *des choses que l'on a sous sa garde* ». A cet égard, il conviendra de spécifier ce que recoupe la notion de « chose » (a), puis en quoi consiste la « garde » (b).

a. La chose

La disposition de l'alinéa premier de l'article 1384 est d'une généralité absolue. La notion de chose au sens de ce texte ne fait donc aucun départ entre biens meubles et immeubles, fongibles et non fongibles, matériels et immatériels...

Selon l'arrêt Jand'heur¹, l'article 1384, alinéa 1^{er}, rattache « *la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même* ». En raison de ce principe, les juges refusent donc toute distinction selon la chose qui cause le dommage.

L'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, suppose avant tout, rapportée par la victime la preuve que la chose a été, en quelque manière et ne fût-ce que pour partie, l'instrument du dommage.

Les juges du fond ont eu l'occasion de rappeler que « *Le principe de la responsabilité du fait des choses inanimées trouve son fondement dans la notion de garde, indépendamment du caractère intrinsèque de la chose et de toute faute personnelle du gardien.* »²

C'est dire que pour que générale soit la notion de chose, celle de garde est au contraire assez précise, car déterminante.

b. La notion de garde

La responsabilité du dommage causé par une chose est liée à l'usage qui est fait de la chose ainsi qu'aux pouvoirs de surveillance et de contrôle exercés sur elle, qui caractérisent la garde. Posée par le fameux arrêt Franck³, cette définition prend en compte la garde juridique, et non matérielle de la chose.

Peut ainsi être considéré comme placé sous la garde d'un individu un objet abandonné ; ainsi d'une bouteille abandonnée, dans laquelle un mineur donne un coup de pied, en devenant ainsi gardien⁴.

Il est mis à la charge du gardien une présomption *absolue* de responsabilité. Il ne peut s'en exonérer qu'en démontrant que le dommage est du à une cause étrangère : force majeure, fait d'un tiers ou faute de la victime.

¹ Cour de cassation, chambres réunies, 13 février 1930 : *Dalloz* 1930, 1, 57.

² Cour de cassation, deuxième chambre civile, 20 novembre 1968 : *JCP* 1970, II, 16567.

³ Cour de cassation, chambres réunies, 2 décembre 1941 : *Dalloz* 1942, 25.

⁴ Cour de cassation, deuxième chambre civile, 10 février 1982 : *JCP* 1983, II, 20069.

L'absolue généralité de la notion de chose, combinée au caractère tout aussi absolu de cette présomption de responsabilité, permet d'envisager l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er} à de très nombreuses situations. Faut-il considérer que l'établissement d'un lien hypertexte pourrait en faire partie ?

B. Applicabilité

Dans un jugement du Tribunal de grande instance de Paris¹, rendu le 27 février 1991, il est précisé : « *L'ensemble des éléments techniques mis en œuvre en matière de diffusion télévisée effectuée en direct aboutit à la réalisation d'une image qui, susceptible notamment de reproduction et de conservation dans des archives, constitue une chose au sens de l'article 1384.* »

De même qu'une image télévisuelle, un site Internet, voire un lien hypertexte, peuvent-ils constituer une chose ? Un tel raisonnement a été envisagé concernant les moteurs de recherche (a), non sans difficultés. Faut-il, dès lors, en rechercher une application plus générale (b) ?

a. Les moteurs de recherche

La question de la responsabilité du fait des choses appliquée aux liens hypertexte est apparue à l'occasion d'une affaire opposant en juillet 2000 l'actuel maire de Paris, Bertrand Delanoé, à un éditeur de site web, son hébergeur et surtout au moteur de recherche Alta Vista, qui avait référencé le site litigieux.

¹ Tribunal de grande instance de Paris, 27 février 1991 : *JCP* 1992, II, 21809.

En effet, ce site à caractère érotique comportait dans son adresse les nom et prénom de M. Delanoé, et était donc référencé sur ces critères par le moteur de recherche. L'assignation adressée par M. Delanoé donna donc lieu à une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris, rendue le 31 juillet 2000¹.

Le demandeur reprochait notamment à Alta Vista « *son manque de contrôle sur son moteur de recherche, ce qui a rendu possible l'accès direct au site litigieux* ». Cet argument était soutenu juridiquement par un raisonnement basé sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, considérant que le moteur de recherche Alta Vista pouvait être considéré comme une chose au sens de cette disposition, chose dont la société éditrice avait la garde, et donc devait supporter la responsabilité.

Selon Jérôme Giusti et Guillaume Desgens-Pasanau², « *Cette dernière prétention revenait à soutenir que les moteurs de recherche sont en toutes circonstances responsables, quels que soient leurs actes, de la bonne moralité du réseau.* »

Le Président du Tribunal de grande instance condamna les exploitants du site, mais non Alta Vista ; il a en effet considéré que « *la responsabilité du moteur de recherche relève à l'évidence, dans le cas d'espèce, d'un débat de fond* ». Débat qui n'as pas eu lieu, M. Delanoé ne souhaitant pas, par la suite, saisir le juge du fond.

MM. Giusti et Desgens-Pasanau³ soutiennent, afin de faire échec à un raisonnement basé sur la responsabilité du fait des choses, qu' « *Il ne saurait être mis à la charge du moteur une responsabilité a priori qui obligerait celui-ci à effectuer un contrôle systématique de l'information référencée* », car « *L'absence de contrôle humain au niveau de la phase d'indexation est inhérente au fonctionnement même du moteur de recherche* ».

¹ Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 31 juillet 2000, Bertrand D. c. Alta Vista, Kohiba Multimédia, Kohiba Productions, Félix M. et Objectif Net.

² GIUSTI J. et DESGENS-PASANAU G., La guerre contre les moteurs de recherche aura-t-elle lieu ?, *Legalis.net*.

³ *Ibid.*

Mais cette absence de contrôle humain correspond-elle, au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, à une absence des pouvoirs de surveillance et de contrôle qui caractérisent la garde ? Il faut rappeler qu'une jurisprudence constante¹ fait peser sur le propriétaire de la chose une présomption de garde. Certes, une telle présomption est simple, c'est-à-dire renversée par la preuve contraire ; mais dans le cas qui nous préoccupe, « *l'absence de contrôle humain* » constitue-t-elle une telle preuve ?

Il paraît difficile de le soutenir, d'autant qu'il est établi que « *Le vice inhérent à la chose qui a causé le dommage ne constitue pas, au regard de celui qui exerce sur cette chose les pouvoirs de direction, de contrôle et d'usage corrélatifs à l'obligation de garde, un cas fortuit ou de force majeure de nature à l'exonérer de sa responsabilité envers les tiers* »².

Il nous semble ainsi que le caractère automatisé du fonctionnement du moteur de recherche ne peut pas, à lui seul, faire échec à l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}. La société Alta Vista ne base d'ailleurs pas son argumentation juridique sur un tel raisonnement, puisqu'elle rappelle prioritairement le caractère diligent (ayant immédiatement déféré le site litigieux) et prudent (ayant mis des moyens d'alerte à la disposition du public, et de contrôle *a posteriori* à celle de ses personnels) de sa démarche.

Si l'information doit être considérée comme une chose, qui en est le gardien ? Les opérateurs de télécommunications, les fournisseurs d'accès, ou encore d'hébergement, ne sont pas les gardiens des informations qu'ils véhiculent, puisqu'ils bénéficient d'un régime spécifique³. Un fournisseur de contenu peut-il être gardien de l'information qu'il diffuse ?

¹ Voir notamment : Cour de cassation, deuxième chambre civile, 16 mai 1984 : *Bulletin civil* II, n° 86. La société propriétaire d'un magasin est présumée demeurer gardienne d'une bouteille qui a basculé du plan incliné d'une caisse enregistreuse. Certes les faits sont différents, mais à l'évidence la propriété de la chose fait présumer de sa garde.

² Cour de cassation, deuxième chambre civile, 20 novembre 1968 : *JCP* 1970, II, 16567.

³ Régime dit de *mere conduit*, c'est-à-dire de simple transport.

b. Une application plus générale ?

Quand bien même les fournisseurs de contenus seraient les gardiens d'une information constituant une chose au sens de l'article 1384 du Code civil, un argument subsiste, qui permet de conclure à l'inapplicabilité de cette disposition non seulement aux moteurs de recherche, mais également aux liens hypertexte en général.

Dans le cadre d'un raisonnement basé sur l'article 1384 du Code civil, il convient de rechercher le gardien de la chose ayant amené le dommage. Or, un fournisseur de lien hypertexte (moteur de recherche comme simple site) ne peut constituer le *gardien* de la chose, en ce qu'il ne fait que renvoyer vers un autre site, dont l'éditeur est bien, lui, titulaire des pouvoirs de surveillance, de direction et d'usage de l'information litigieuse.

Autant dire que c'est au niveau de la qualification juridique des faits qu'il devient impossible d'appliquer à l'établissement d'un lien hypertexte la responsabilité sans faute de l'article 1384. Le dommage ne naît pas de l'établissement du lien (quand bien même il s'agit d'un référencement sur un moteur), mais de la publication du site ; la chose ayant causé le dommage n'est ni le lien hypertexte, ni le moteur de recherche, mais l'information portant atteinte aux droits du demandeur ; le gardien n'est pas l'éditeur du site offrant le lien, mais celui du site offrant l'information.

L'établissement malhonnête d'un lien hypertexte peut certes constituer une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Et le manque évident de diligence et de prudence peut quant à lui appeler une application de l'article 1383. Mais la neutralité du lien hypertexte semble empêcher le recours à une responsabilité sans faute, prévue par l'article 1384.

En outre, il convient à présent de se pencher sur les aspects de droit pénal de la question.

Section 2

La responsabilité pénale du fait de la ressource pointée

Plus encore que sa responsabilité civile, l'auteur de contenus litigieux publiés sur le réseau peut craindre de voir engagée sa responsabilité pénale, pour autant que son activité se trouve répertoriée parmi les incriminations prévues par la loi.

L'exigence d'interprétation stricte de la loi pénale rend plus difficile la condamnation du fournisseur de lien du fait du contenu du site vers lequel il renvoie. Il est donc nécessaire, dans notre optique, de rechercher les incriminations susceptibles d'accabler celui qui fournit un lien vers un contenu pénalement répréhensible.

Dans ce chapitre consacré aux régimes généraux de responsabilité, il faudra en matière pénale examiner dans quelle mesure le fournisseur du lien peut être coupable de complicité (§ 1), puis de recel (§ 2).

§ 1. – La complicité du fournisseur de lien hypertexte

On peut considérer que par l'établissement d'un lien hypertexte, le fournisseur de ce lien fournit au site pointé et à l'utilisateur les moyens de commettre certaines infractions pénales. Dès lors, il est naturel de chercher à réunir sur sa tête les éléments constitutifs de la complicité.

Compte tenu de la spécificité à la fois du droit pénal et de l'infraction de complicité, il conviendra dans un premier temps de rappeler les éléments essentiels de cette dernière notion (A) ; nous pourrons ensuite entrer dans le vif du sujet (B).

A. La notion de complicité

La diversité des cas de complicité ne doit pas masquer la complexité de la notion elle-même. Il faudra donc dans un premier temps définir la complicité (a), avant d'énumérer les conditions essentielles de sa caractérisation (b).

a. La définition de la complicité

La complicité n'est que l'une des formes de la participation criminelle, c'est-à-dire de l'infraction commise non pas par un seul individu, mais par plusieurs personnes.

Sans qu'il y ait eu entre elles une entente préalable, plusieurs personnes ont pu participer à une entreprise criminelle, par exemple dans le cas des crimes de foules.

Parfois au contraire, la participation criminelle est bien le fruit d'une telle entente, et elle est l'œuvre d'un groupement constitué pour exercer une activité criminelle. Dans ce cas, la répression est particulière : tous les participants sont considérés comme des auteurs.

Quelquefois enfin, la participation criminelle n'est que la manifestation d'une entente momentanée entre deux ou plusieurs personnes, pour commettre une infraction déterminée, et c'est alors qu'apparaît la notion de complicité.

C'est ainsi que l'article 121-7 du Code pénal dispose : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.* » Malgré le caractère relativement concis de cette disposition, les conditions nécessaires à la caractérisation de la complicité sont assez nombreuses.

b. Les conditions de la complicité

Pour qu'une personne puisse être poursuivie et punie en tant que complice d'une infraction commise par une autre, il faut, comme pour la poursuite de l'auteur principal, que les trois éléments « classiques » se trouvent réunis : un élément légal, un élément matériel et un élément moral.

En matière de complicité, l'élément légal est constitué, par définition, par l'existence d'un fait principal punissable, c'est-à-dire qui constitue à lui seul une infraction. En outre, la complicité n'est pas en principe punissable en matière de contravention.

Toutefois, le complice peut être poursuivi et condamné même lorsque l'auteur principal n'est pas poursuivi ou lorsqu'il n'est pas possible de le punir, pour une raison ou pour une autre. De même, le complice peut être frappé d'une peine, alors même que l'auteur principal a été acquitté pour des causes subjectives.

Pour être punissable, la complicité suppose en outre un acte de participation, qui constitue son élément matériel. Cet acte doit figurer parmi ceux énumérés par l'article 121-7 du Code pénal. Les actes de complicité prévus par l'article 121-7 sont tous des actes positifs, des actes de commission. Ne pas empêcher la commission d'une infraction, ce n'est donc pas s'en rendre complice.

Il faut encore que l'acte positif ait été consommé : on ne peut pas être poursuivi pour avoir *tenté* d'être complice. Enfin, l'acte de participation doit être antérieur ou concomitant à la commission de l'infraction principale : les actes postérieurs ne sont pas, en principe, constitutifs de complicité¹.

¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 15 janvier 1948 : *Dalloz* 1948, 100.

Troisième et dernière condition de la répression de la complicité, l'intention criminelle en constitue l'élément moral. Pour que le complice soit punissable, il faut qu'il ait participé en connaissance de cause à l'infraction principale, qu'il ait su qu'il s'associait à un crime ou à un délit déterminé. L'intention requise chez le complice est tout à fait distincte de l'intention criminelle ou de la faute pénale de l'auteur principal. Elle consiste toujours en une faute intentionnelle ; c'est au Ministère public qu'il appartient de rapporter la preuve de cette intention.

La notion de complicité définie et étudiée, il nous reste à en rechercher l'application à l'établissement d'un lien hypertexte.

B. Le lien hypertexte et l'infraction principale

En toute logique, il convient ici de distinguer selon que l'infraction principale est commise par le site vers lequel renvoie le lien (a), ou plutôt par l'internaute qui accède à ce site (b).

a. La commission de l'infraction principale par le site cible

Considérons un site renfermant des contenus répréhensibles au sens du droit pénal, donc constitutif d'une infraction dont l'auteur est son éditeur. Faut-il considérer que celui qui établit un lien hypertexte vers ce site se rend coupable de complicité ?

On peut, dans un premier temps, penser qu'en permettant vraisemblablement à un nombre plus grand d'internautes d'accéder à un contenu illicite, en augmentant la visibilité de ce contenu, celui qui établit un lien se rend coupable de fourniture de moyens. Ainsi, Cyril Rojinsky nous rappelle¹ : « *L'aide ou l'assistance apportée par le complice renferme la notion de fourniture de moyens.* »

¹ ROJINSKY C., *op. cit.*

Par hypothèse, l'élément légal de la complicité – le fait principal – est bien présent. Et l'élément moral n'est pas impossible à déceler, par exemple au vu de la façon dont le lien litigieux est présenté, ou du thème général du site.

Mais c'est l'élément matériel qui fait en principe défaut. En effet, nous avons vu¹ que c'est l'acte de complicité qui constitue cet élément ; et surtout que cet acte doit être *antérieur* ou *concomitant* à l'acte principal. Or, par définition, l'établissement d'un lien intervient *après* la publication du site litigieux. Ainsi, si l'on fixe le moment de l'infraction principale à la date de publication du contenu illicite, il faut considérer que celui qui établit un lien vers ce site ne saurait en être le complice.

C'est ainsi que dans l'affaire Serge July², le tribunal a jugé qu'un lien établi en période électorale sur le site de *Libération* vers un sondage placé sur un site américain ne pouvait être constitutif de complicité, mais permettait simplement aux utilisateurs de prendre connaissance du sondage.

Sauf à considérer que le contenu illicite du site cible constitue une infraction continue, il apparaît donc difficile de retenir la complicité du fournisseur de lien lorsque l'infraction principale se trouve commise par le site référencé.

Mais dans de nombreux cas, celui qui consulte sur l'Internet un contenu illicite se rend également coupable d'une infraction pénale. On pourrait alors considérer le fournisseur du lien hypertexte comme le complice de l'internaute.

¹ Cf. *supra*, Les conditions de la complicité.

² Tribunal de grande instance de Paris, 15 décembre 1998, Ministère public c. Serge July.

b. La commission de l'infraction principale par l'utilisateur

Lorsque l'infraction principale est commise par le site cible, la postériorité de l'établissement du lien hypertexte constitue un obstacle pratiquement infranchissable à la caractérisation de la complicité du fournisseur du lien. Mais s'agissant de l'infraction commise par l'internaute, l'établissement du lien est *antérieur* : la complicité pourrait donc être retenue.

Mais ici encore, quelques embûches se présentent sur notre chemin. Premièrement, dans de nombreux cas, l'infraction principale elle-même est très difficile à établir. Le simple fait pour un utilisateur de s'être « retrouvé » sur un site illégal ne saurait constituer à lui seul une infraction, et des éléments plus précis sont nécessaires (par exemple, si c'est le recel qui est reproché, il faudra notamment retrouver la trace du téléchargement sur le disque dur de l'internaute des contenus illicites). Or, l'existence d'un fait principal punissable constitue la condition première de la complicité.

Ensuite, il semble logique de ne retenir la complicité du fournisseur de lien que si l'internaute a *effectivement* utilisé *ce lien* pour accéder au contenu litigieux. Il en découle d'une part que l'auteur principal de l'infraction *doit être connu*, sans quoi il sera impossible de déterminer s'il a utilisé le lien. En l'absence d'auteur principal connu, le lien constituerait une simple *tentative de complicité*, véritable aberration en droit pénal.

D'autre part, la neutralité technique du lien hypertexte rend très difficile le fait de savoir si l'internaute a effectivement utilisé le lien incriminé, ou s'il a simplement composé l'adresse du site litigieux. Le fichier *log* du fournisseur d'accès pourra fournir une aide bien utile, notamment s'il apparaît que la visite du site fournissant le lien précède directement celle du contenu illicite. Mais cela pourrait ne pas suffire, devant la nécessité d'un élément matériel *certain*, c'est-à-dire d'une preuve de l'utilisation du lien.

Le recel constituant un délit distinct, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas à admettre que le complice d'une infraction puisse être poursuivi comme receleur¹ ; c'est dire que devant la difficulté d'établir la complicité, le juge peut préférer se tourner vers le recel.

§ 2. – Le recel par un lien hypertexte

Depuis la loi du 22 mai 1915, le receleur est lui-même l'auteur d'une infraction distincte, celle de recel. Il en résulte qu'il est punissable, même lorsque le « voleur » ne l'est pas, parce que l'action publique est prescrite ou parce que l'infraction a été commise à l'étranger.

Une fois de plus, il sera nécessaire de rappeler quelques éléments essentiels de définition (A) avant de confronter l'infraction pénale à la pratique du lien hypertexte (B).

A. La notion de recel

Comme en matière de complicité, nous commencerons par apporter une définition du recel (a), puis exposerons les conditions à réunir pour sanctionner l'infraction (b).

a. La définition du recel

Aux termes de l'article 321-1, alinéa 1^{er} du Code pénal, « *le recel est le fait de dissimuler, de détenir, ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.* »

¹ Voir notamment Cour de cassation, chambre criminelle, 18 novembre 1965, *Dalloz* 1966, 248.

Le recel étant, à la différence de la complicité, une infraction autonome, son élément légal réside dans le seul texte des articles 321-1 et suivants du Code pénal. Aucun fait principal punissable n'est requis.

On distingue le recel dissimulation (le receleur cache ou fait cacher la chose provenant d'un crime ou d'un délit), le recel détention (le receleur est le possesseur apparent de la chose), le recel transmission (le receleur est le détenteur précaire de la chose, qu'il transmet à son destinataire), le recel intermédiation (le receleur met en relation l'auteur de l'infraction et le destinataire), et enfin le recel profit (le receleur profite du produit de l'infraction d'origine).

L'élément moral du recel est la *mauvaise foi* : ainsi, il n'y a pas de recel de la part de l'acquéreur possesseur de bonne foi ; le receleur agit en connaissance de cause.

Avec l'avènement des nouvelles technologies, une question est devenue de première importance : une information seule est-elle susceptible de recel ?

b. Les conditions du recel

En effet, si en matière de choses matérielles, la jurisprudence ne connaît pas réellement d'hésitations en matière de recel, il en va autrement en matière immatérielle. Une partie de la doctrine considère que le recel peut porter sur une chose incorporelle dès lors que le bien provient d'un délit.

La jurisprudence est hésitante : si un arrêt de principe de la Cour de cassation¹ énonce que l'information échappe aux prévisions de l'article 321-1 du Code pénal, le Tribunal de grande instance de Paris a eu l'occasion, en 1997², de prendre le contre-pied, considérant que « *la détention de choses même immatérielles, telles des informations, est susceptible de caractériser le délit de recel* ».

¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 3 avril 1995 : *Dalloz* 1995, 320.

² Tribunal de grande instance de Paris, 3 juin 1997, Ministère public c. Goy et Arevian.

Outre la question de la chose recelée, une autre condition pose souvent problème en matière de recel, notamment concernant les délits informatiques : l'élément intentionnel. En effet, le manque de stabilité du droit positif en la matière, sa méconnaissance par les internautes, constituent autant d'obstacles à la pleine connaissance du caractère répréhensible des faits reprochés.

Il est à présent temps de confronter nos constatations à la pratique du lien hypertexte.

B. Le recel par un lien hypertexte

Deux types de recel peuvent être retenus contre le fournisseur de lien hypertexte : le recel intermédiation (a), et le recel profit (b).

a. Le recel intermédiation

En établissant en toute connaissance de cause un lien hypertexte vers un site au contenu illicite, le fournisseur de ce lien ne fait-il pas « *office d'intermédiaire* »¹ entre l'éditeur du site cible et l'internaute ?

La nature même du lien hypertexte, qui n'opère qu'un simple renvoi vers le site pointé, exclut à l'évidence la détention et la transmission. Mais établir un lien hypertexte, n'est-ce pas, en toutes circonstances, « *faire office d'intermédiaire* » ?

Reste à savoir, dès lors, si l'objet de cette intermédiation constitue bien une chose au sens de l'article 321-1 du Code pénal. Nous avons vu² que la Cour de cassation s'opposait à l'assimilation d'une information à une chose. Mais qu'entend la haute juridiction par « information » ?

¹ Article 321-1 du Code pénal.

² Cf. *supra*, Les conditions du recel.

Si cette expression englobe toute donnée informatique, alors l'article 321-1, même en présence d'une volonté criminelle et d'une intermédiation, ne saurait s'appliquer.

Mais l'arrêt de principe précité¹ concernait des documents fiscaux, autrement dit une « chose » assez proche de la notion d'information « brute ». Faut-il considérer qu'un ensemble d'images pornographiques pédophiles, par exemple, constitue de la même manière une « information » ? La Cour de cassation rappelle que sa décision concerne toute information, « *quelle qu'en soit la nature ou l'origine* ».

Cyril Rojinsky explique la contradiction entre le jugement du Tribunal de grande instance et l'arrêt de la Cour de cassation par le fait que dans le premier cas, les images « *demeuraient enregistrées sur le disque dur, chose éminemment matérielle* », préférant parler dans ce cas de « *recel de stock de fichiers* ». Une telle incrimination serait impossible en matière de lien hypertexte, en raison du caractère totalement immatériel du lien.

Avec cet auteur, nous nous voyons donc forcés de conclure « *qu'en l'état actuel du droit positif, le recel par simple transmission soit une qualification à écarter s'agissant du créateur d'un lien hypertexte qui pointe vers un contenu illicite* »².

Toutes les voies de condamnation ne sont toutefois pas épuisées, et il reste à analyser l'application à notre sujet du recel profit.

b. Le recel profit

L'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal dispose : « *Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.* »

¹ Cf. *supra*.

² ROJINSKY C., *op. cit.*

Il est donc ici nécessaire que l'établissement du lien hypertexte vers le contenu illicite ait permis au fournisseur de réaliser un bénéfice. Mais de quel type de bénéfice s'agit-il ? On imagine mal l'infraction retenue en présence d'un bénéfice autre que financier.

En effet, un tel bénéfice non pécuniaire ne peut être retiré du lien que par le site qui en est la cible, en termes de visibilité. Le seul bénéfice dont peut profiter le fournisseur d'un lien hypertexte serait plutôt la conséquence de la constitution d'un véritable « portail », c'est-à-dire d'une sorte d'annuaire de contenus illicites.

Dans ce cas, les infractions commises par les sites répertoriés seraient effectivement la cause directe du bénéfice recueilli par le fournisseur des liens, notamment par le biais de la publicité. C'est dire que dans pareil cas de figure, chaque lien litigieux aurait sa part dans le bénéfice global réalisé par l'auteur du site annuaire, et serait donc susceptible de constituer un recel profit.

Si le lien est isolé sur un site, dont l'objet est tout autre, on sera tenté de rappeler le principe « *de minima non curat praetor* » : de la chose minime, on ne saisit pas le juge. Mais de tels sites portails existent bel et bien ; et l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal constitue une arme efficace contre ces véritables pierres angulaires de l'activité illégale sur Internet (pédophilie, incitation à la haine raciale, contrefaçon...).

Le lien hypertexte, lorsqu'il est utilisé dans une optique criminelle, peut donc parfois être combattu par des moyens de droit pénal général. Mais il reste à le confronter aux régimes spéciaux de responsabilité sur Internet.

Chapitre 2

Le lien hypertexte et les régimes spéciaux de responsabilité

Si les régimes généraux de responsabilité peuvent avoir vocation à s'appliquer à tout type de situation, les régimes dits spéciaux sont prévus, par définition, pour régler certaines questions juridiques. Toutefois, cela n'empêche en rien de rechercher dans quelle mesure une question émergente peut puiser sa réponse dans l'un de ces régimes.

Le premier des régimes spéciaux de responsabilité à étudier est celui spécialement prévu pour l'Internet : il s'agit de la responsabilité des intermédiaires techniques intervenant sur le réseau. Il faudra donc rechercher si le fournisseur d'un lien hypertexte renvoyant vers une ressource litigieuse peut s'en prévaloir, et ainsi éviter de voir sa responsabilité engagée (Section 1).

Une fois cette tâche accomplie, il sera nécessaire de revenir vers le droit pénal, domaine dont de nombreuses branches connaissent un considérable renouvellement du fait de l'émergence du phénomène Internet. Ainsi, nous étudierons la possibilité pour le fournisseur de lien de voir sa responsabilité engagée du fait de la ressource pointée, sur la base d'une infraction spéciale prévue par le Code pénal (Section 2).

Section 1

Le lien hypertexte et la responsabilité des intermédiaires techniques

Une fois passée l'étude des régimes généraux de responsabilité en matière de liens hypertexte, nous sommes inévitablement conduits à envisager le plus célèbre des régimes spéciaux en matière de droit de l'Internet : celui des intermédiaires techniques.

Ce régime est souvent évoqué en raison de son actualité ; mais il n'en est pas moins complexe, bien au contraire. Il est donc absolument indispensable d'en rappeler l'économie générale (§ 1) avant de pouvoir rechercher s'il pourrait s'appliquer aux liens hypertexte, ou plus précisément à leur fournisseur (§ 2).

§ 1. – L'économie générale du régime

La loi du 1^{er} août 2000¹ modifie la loi du 30 septembre 1986², notamment en ses articles 43-7 à 43-10, soumettant les intermédiaires techniques de l'Internet à un régime de responsabilité particulier.

Afin d'étudier l'économie générale de ce régime, il conviendra d'étudier le cas du fournisseur d'accès à Internet (A), puis celui de l'hébergeur de sites web (B).

A. Le fournisseur d'accès

Après de nombreuses hésitations jurisprudentielles, le législateur communautaire a mis en place un régime d'irresponsabilité de principe des fournisseurs d'accès et de services (a). A ce régime, le droit interne ajoute certaines obligations (b).

¹ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000.

² Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

a. Le droit communautaire

La directive « commerce électronique » du 8 juin 2000¹ établit en son article 12 une irresponsabilité de principe pour les fournisseurs d'accès à Internet (et plus généralement, pour les fournisseurs de services « *consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à un fournir un accès au réseau de communication* »), basée sur le fait que ces activités sont dites de « simple transport » (*mere conduit* en Anglais).

Ainsi, l'irresponsabilité doit être reconnue sous trois conditions cumulatives, qui fondent le « simple transport » : le prestataire ne doit pas se trouver à l'origine de la transmission ; il ne doit pas sélectionner le destinataire de la transmission ; et il ne doit ni sélectionner ni modifier les informations faisant l'objet de la transmission.

Il est en outre précisé au paragraphe 2 de l'article 12 que le « *stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises* » ne fait nullement obstacle à la reconnaissance de l'activité de simple transport.

Mais tandis que le droit communautaire organise l'exemption de responsabilité des fournisseurs d'accès, la loi française leur impose certaines obligations.

b. Le droit interne

En effet, l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 1^{er} août 2000 impose aux fournisseurs d'accès « *à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée* » d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens de « *censure domestique* »² et de leur fournir un de ces moyens.

¹ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

² SIRINELLI P., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, *L'Internet et le droit, colloque international* des 25 et 26 septembre 2000, Grand amphithéâtre de la Sorbonne et Sénat.

En outre, il est imposé à ces prestataires de conserver toutes les données utiles à l'identification de leurs abonnés en ligne. Hier « *responsables de proximité* »¹, les fournisseurs d'accès à Internet ont donc vu leur responsabilité mise entre parenthèses, moyennant une coopération de bon aloi avec les autorités, en cas de litige.

Le cas des hébergeurs de sites est quant à lui plus complexe.

B. L'hébergeur de sites

Ici encore, nous nous pencherons dans un premier temps sur le droit communautaire (a). Il faudra ensuite rappeler la position du droit interne, susceptible de changements (b).

a. Le droit communautaire

Concernant les services « *consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* », l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 prévoit que les intermédiaires concernés puissent être exonérés de toute responsabilité à condition de : ne pas avoir effectivement connaissance de l'activité ou des informations illicites ; avoir agi promptement dès que ces faits ou activités ont été portées à leur connaissance.

Un tel dispositif présente l'avantage évident de ne pas nécessiter une intervention judiciaire pour faire cesser une atteinte aux droits des tiers ou à l'ordre public ; il est par ailleurs plus léger d'application que le système dit de *notice and take down* (notification et retrait) mis en œuvre par la loi américaine notamment.

¹ *Ibid.*

Mais on peut toutefois regretter que la décision de retirer les informations suspectes – ou d'en rendre l'accès impossible – soit laissée, indirectement, à un tiers. En effet, *a contrario*, l'hébergeur qui n'aurait pas pleinement satisfait aux dispositions de l'article 14 verrait sa responsabilité engagée quasi-automatiquement en cas de litige avéré. C'est dire que la plupart des prestataires n'hésiteront pas, au premier soupçon, à retirer certains sites de leurs serveurs, alors même que ces derniers ne sont en réalité pas contraires à la loi.

De fait, un fournisseur de contenu dont le site aura été *abusivement* retiré en vertu de cette procédure pourra sans doute obtenir réparation de la part de son hébergeur et, partant, du tiers ayant au départ attiré l'attention de ce dernier sur le site concerné.

L'article 15 de la directive, pour sa part, rappelle l'absence d'obligation générale en matière de surveillance des contenus, tant pour les fournisseurs d'accès que pour les hébergeurs.

Mais le droit français ne s'est pas encore mis au diapason ; il est prévu qu'il le fasse, peut-être même de façon excessive.

b. Le droit interne

L'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 1^{er} août 2000, dispose que les hébergeurs de sites (dont la dénomination a été pour l'occasion adaptée à la phraséologie générale de la loi du 30 septembre 1986¹) ne sont pénalement ou civilement responsables que si, « *ayant été saisis par une autorité judiciaire, [ils] n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu* ».

¹ Il est en effet question de « *mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature* ».

Il s'agit donc de la plus large exonération de responsabilité possible, puisque l'on imagine mal comment un hébergeur pourrait refuser son concours à l'autorité judiciaire, et ensuite s'étonner de voir sa responsabilité engagée de ce fait. Il faut dire que ce dispositif très libéral trouve en réalité sa cause dans la censure assez large opérée par le Conseil constitutionnel sur le texte¹.

Il était en effet initialement prévu une seconde condition de responsabilité, au cas où « *ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées* ». Le Conseil constitutionnel a considéré qu'en mettant en œuvre un tel dispositif, le législateur méconnaissait ses compétences telles qu'attribuées par l'article 34 de la Constitution.

Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, souvent appelé « projet LEN », est, à l'heure où nous écrivons ces lignes, en cours d'adoption par le Parlement, et vient d'être voté par le Sénat. Il a notamment été remarqué en son sein deux avancées majeures au regard de la loi du 1^{er} août 2000 : l'introduction du principe selon lequel els intermédiaires techniques ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance de contenu ; et de nouveaux cas de responsabilité des hébergeurs, directement issus de la directive.

Mais le projet de loi suscite déjà des inquiétudes. D'aucuns estiment en effet que « *la difficulté pour les hébergeurs consistera à se prononcer sur le caractère illicite ou non du contenu en cause, puisque la détermination du caractère illicite ne résultera plus seulement d'une décision du juge mais pourra émaner d'une allégation d'une personne s'estimant victime, par exemple, de propos tenus à son égard.* »²

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000.

² RENARD I., Projet LEN : avancées et incertitudes, *Table ronde du 25 juin 2003*.

De plus, un amendement d'origine sénatoriale vise à exclure la non obligation de surveillance générale des contenus l'apologie des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, et la pornographie pédophile (loi du 29 juillet 1881 et article 227-23 du Code pénal). Or, il est bien évident qu'une seule exception suffit à réinstaurer, *en creux*, le principe de surveillance générale. Car en effet il n'est d'autre moyen, pour détecter de tels contenus, que d'examiner scrupuleusement *tous les contenus* publiés.

Pour Isabelle Renard¹, cet amendement « *confère aux hébergeurs un rôle de « police des réseaux » et se révèle en tout état de cause non conforme à la directive européenne commerce électronique, ainsi que l'a déjà souligné la Commission européenne* ».

Mais le texte est encore à l'état de projet ; c'est au regard du droit positif qu'il nous faut rechercher l'application de ce régime aux liens hypertexte.

§ 2. – Un régime applicable aux liens hypertexte ?

Il est tentant de se demander si le régime que nous venons d'étudier est applicable au créateur d'un lien hypertexte dont le site pointé contiendrait des contenus illicites.

Nous tenterons donc d'envisager le lien hypertexte comme une technique de « simple transport », au sens de la directive du 8 juin 2000 (A). Mais il faudra se résoudre à constater la difficile adaptation du régime des intermédiaires techniques à notre sujet d'étude (B).

¹ *Ibid.*

A. Le « simple transport » par lien hypertexte

Le lien hypertexte pourrait en effet être considéré comme la « *fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service* » ; on pourrait alors tenter d'appliquer à son fournisseur l'exonération de responsabilité du fait du « simple transport » de l'information.

Rappelons les trois conditions vues plus haut : il est nécessaire que le fournisseur de lien : ne soit pas à l'origine de la transmission ; ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ; ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission. Les deux premières conditions sont remplies de par la nature même du lien hypertexte. Nous allons voir que la troisième est à vérifier selon qu'il s'agit d'un simple lien hypertexte (a), ou d'un moteur de recherche pris en son entier (b).

a. Le lien hypertexte pris isolément

Dans le cas d'un lien hypertexte placé sur une page web par son fournisseur, il est bien difficile de considérer que ce dernier ne sélectionne pas les informations faisant l'objet de la transmission.

En effet, le principe même du lien hypertexte revient à permettre à une personne de renvoyer le visiteur de son site vers un autre site, afin que ce dernier puisse consulter des informations jugées connexes au sujet du site qu'elle visite, ou du moins potentiellement intéressantes dans ce cadre.

On est donc forcé de considérer, avec Cyril Rojinsky¹, qu' « *en choisissant de manière manuelle les sites vers lesquels il renvoie ses visiteurs, le créateur d'un lien sélectionne en effet les informations faisant l'objet de la transmission* ».

¹ ROJINSKY C., *op. cit.*

De plus, il serait en toute honnêteté assez retors de considérer un simple lien comme un véritable « *service de la société de l'information* ». Mais concernant les moteurs de recherche, la comparaison est peut-être plus appropriée.

b. Les moteurs de recherche

En effet, les moteurs de recherche, du type *Alta Vista* ou *Google* – à distinguer des annuaires comme *Yahoo* ou *Voilà* en ce qu'ils ne sélectionnent pas manuellement les sites répertoriés, mais laissent le soin de le faire à un « robot » –, constituent définitivement un « *service de la société de l'information* », voire même le premier de ces services. Nul ne peut nier qu'il est aujourd'hui très difficile d'envisager la navigation sur Internet sans ces outils, qui constituent le véritable point de départ de toute recherche sur le web.

La distinction entre moteurs et recherche et annuaires est de première importance ; c'est en effet là que se joue la conformité à la troisième condition requise pour l'exonération de responsabilité du simple transport : en confiant le brassage des informations disponibles sur le réseau, ainsi que leur restitution, à des machines suivant des procédures automatisées, les moteurs de recherche ne sélectionnent en aucun cas, à notre avis, les informations qu'elles mettent à la disposition de leurs usagers.

Le seul obstacle à une application du principe de simple transport aux moteurs de recherche est donc, au final, relatif à l'interprétation qui sera faite de la notion de « *fourniture de service de la société de l'information* ». Si l'interprétation retenue est assez large, l'application de ce régime sera envisageable. Mais on pourra objecter que le service pris en compte par l'article 12 de la directive est entendu comme la transmission ou la fourniture d'accès à des informations, et que le lien hypertexte se différencie de ces deux notions.

C'est dire que l'application des dispositions de l'article 12 aux liens hypertexte pourra s'avérer très difficile.

B. Une application difficile

La difficulté viendra en effet tout d'abord de l'esprit de la loi, qui vise les intermédiaires *techniques* (a) ; par conséquent, le champ d'application tant de la directive que de la loi est assez restreint, le droit spécial étant d'interprétation stricte (b).

a. L'esprit de la loi

Même si la Section 4 de la directive du 8 juin 2000 prétend concerner la « *Responsabilité des prestataires intermédiaires* » sans plus de précision, et même si la loi du 1^{er} août 2000 insère dans la loi du 30 septembre 1986 un Chapitre 6 nommé « *Dispositions relatives aux services de communication en ligne autres que de correspondance privée* », l'apparente généralité de ces dénominations ne doit pas cacher la véritable cible de ces textes, à savoir les intermédiaires *techniques*.

Ainsi, le législateur communautaire et donc son homologue français ont cherché à exempter de responsabilité – sous conditions – les acteurs de l'Internet s'occupant avant tout de fournir le *contenant, non le contenu*. Certes, le lien hypertexte constitue la *base technique* de l'Internet. Mais on est en réalité déjà, lorsque l'on parle de liens, dans le fond, plus dans la forme.

Par conséquent, vouloir appliquer à un élément de fond une législation prévue pour exempter de responsabilité, à juste titre, les personnes ne faisant que fournir l'infrastructure du réseau, revient à tenter une hasardeuse pirouette juridique. Alors que le droit de l'Internet se complexifie un peu plus à chaque litige et à chaque nouvelle question, établir une telle confusion dans un domaine où les avancées ont été aussi difficiles ne rendrait service à personne.

D'un point de vue plus juridique, le champ d'application des dispositions étudiées est de toute façon assez restreint.

b. Un champ d'application restreint

En effet, un arrêt de la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler que « *Alta Vista met en ligne son propre site Internet, constitué de simples références à d'autres sites, dont elle n'est pas l'hébergeur ; que n'ayant pas cette qualité au sens de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, (...), les règles régissant la responsabilité des prestataires de services ne lui sont pas applicables pour la gestion du moteur de recherche qu'elle offre aux utilisateurs.* »¹

De la même manière que la Cour a pu constater, à bon droit, qu'un moteur de recherche n'hébergeait nullement les sites qu'il répertoriait, il faut considérer que son activité est radicalement différente de celle du fournisseur d'accès. Certes le second, comme le premier, offre un accès à Internet ; mais tandis que l'accès offert par Wanadoo, par exemple, constitue une mise à disposition *technique*, celui offert par *Alta Vista* est relatif aux contenus disponibles.

C'est dire que le champ d'application du régime d'exonération de responsabilité réservé aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs concerne les prestations fournies avant même que n'intervienne la navigation réelle sur le réseau. Or les liens hypertexte, ainsi que tous les services qu'ils permettent d'offrir, *constituent* cette navigation.

Devant l'inapplicabilité de ce régime spécial de responsabilité, il nous reste donc à confronter la technique du lien, au cas par cas, avec les infractions de droit pénal rencontrées sur le réseau.

¹ Cour d'appel de Paris, 15 mai 2002. Le moteur de recherche *Alta Vista* avait en effet cherché à voir appliquer le régime de l'article 43-8 de la loi de 1986 à ses services, ce qui l'aurait exonéré de toute responsabilité.

Section 2

Le lien hypertexte et les infractions spéciales

Si le fournisseur de lien hypertexte ne peut être mis hors de cause par le régime spécial des intermédiaires techniques de l'Internet, il est alors susceptible de tomber entre les mailles des infractions spéciales prévues par le droit pénal et trouvant vocation à s'appliquer sur le réseau.

Nous confronterons le lien hypertexte aux trois principales de ces infractions : la contrefaçon (§ 1), la pédo-pornographie (§ 2), et enfin les délits de presse (§ 3).

§ 1. – La contrefaçon du site cible et le lien hypertexte

L'incrimination pénale de contrefaçon est assurément l'une des plus concernées par l'établissement de liens hypertexte. En effet, c'est dans ce domaine que sont nées les premières affaires en matière de liens.

La question est toutefois à distinguer de celle traitée en première partie¹ : il ne s'agit pas, ici, d'étudier les cas où un lien constitue à lui seul une contrefaçon, mais plutôt ceux dans lesquels le lien *pointe* vers un contenu contrefaisant (A). Nous pourrions constater la différence entre les deux approches en examinant la jurisprudence rendue à ce sujet (B).

A. Le lien vers une ressource contrefaisante

L'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle sanctionne en tant que contrefaçon « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'il sont définis et réglementés par la loi. (...)* »

¹ Cf. *supra*, Le lien hypertexte et le droit d'auteur.

Deux cas de figure sont à considérer : celui où c'est l'activation du lien par l'internaute qui entraîne sa responsabilité pénale (a), et celui où le fournisseur de lien est mis en cause du fait des agissements de l'éditeur du site pointé (b).

a. Le fournisseur du lien mis en cause par le fait de l'internaute

Nous avons vu¹ que, techniquement, le lien n'implique pas de reproduction au sens du droit d'auteur, en tout cas pour le fournisseur du lien. On peut en revanche considérer que l'internaute, en activant ce lien, se rend coupable de contrefaçon (par exemple, si le lien pointe vers une ressource musicale de type MP3 non autorisée).

Le fournisseur du lien litigieux pourrait alors se voir condamner en tant que complice de la contrefaçon réalisée par l'internaute. Mais, comme nous avons pu le constater², le complice ne peut être reconnu coupable que si l'auteur principal de l'infraction est au moins *punissable*.

Or, l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective.* » Selon Étienne Papin³, « *Il n'est pas contestable que l'internaute qui télécharge un MP3 réalise la copie d'une œuvre pour son usage privé, sous réserve, bien entendu, qu'il ne rediffuse pas lui-même cette œuvre.* »

Comme le rappelle l'auteur, on considère souvent que la copie privée n'est licite que si la copie a été faite à partir d'une copie légitimement acquise. C'est évidemment restreindre considérablement la portée de l'exception de copie privée. En effet, si la personne qui photocopie les pages d'un livre prêté par un ami bénéficie de cette exception, alors celle qui télécharge une chanson sur Internet doit en bénéficier également.

¹ *Ibid.*

² *Cf. supra*, Le lien hypertexte et l'infraction principale.

³ PAPIN É., Le droit d'auteur et le *peer-to-peer*, *Légipresse* n° 199 – Mars 2003.

Par conséquent, si l'internaute – autrement dit l'auteur principal – échappe à sa responsabilité pénale, alors le fournisseur du lien – le complice – ne saurait voir la sienne engagée. L'internaute ne commettant aucune atteinte, l'infraction est inexistante et il n'existe pas non plus de complicité.

Le fait que l'exploitant d'un site contenant des contrefaçons porte atteinte au droit de communication au public de l'auteur n'est, en revanche, pas contestable. Dès lors, le fournisseur du lien peut-il être poursuivi du fait de cette dernière infraction ?

b. La responsabilité du fait du site pointé

Il semble en effet difficile de contester que la personne qui offre sur un site web des œuvres musicales, ou tout autre type d'œuvres de l'esprit, réalise un acte de reproduction et de représentation de ces œuvres, en application des articles L. 122-2 et L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Il ne fait ainsi aucun doute qu'un tel site peut engager la responsabilité de son exploitant pour contrefaçon. D'où la question : celui qui propose un lien vers ce type de site commet-il lui-même une contrefaçon ? se rend-il complice de celle réalisée par le site pointé ?

Il ressort des termes de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, précité, que la contrefaçon résulte soit d'une représentation, soit d'une reproduction de l'œuvre de l'esprit. Or le lien n'effectue aucune de ces opérations : il ne « représente » pas les œuvres proposées par le site pointé, puisqu'il se contente d'afficher le nom de ce dernier, ou tout au plus son adresse ; et il ne « reproduit » pas non plus ces contenus, étant établi qu'il n'entraîne aucun stockage de la ressource pointée sur le serveur hébergeant son fournisseur. *De lege lata*, établir un lien vers une ressource extérieure contrefaisante ne revient pas à réaliser soi-même une contrefaçon.

Quant à la complicité, nous en avons déjà traité¹, en termes plus généraux. Il faut donc rappeler que traditionnellement, l'action du complice ne peut être postérieure à celle de l'auteur principal ; et qu'ainsi en établissant un lien vers un site contrefaisant, le fournisseur de lien échappe *par hypothèse* à l'incrimination pénale de complicité.

Seule peut être retenue contre lui l'infraction de recel profit, dans le cas où il est établi qu'il retire un quelconque *bénéfice* de l'établissement de son lien. Une telle démonstration peut être basée sur l'existence entre le fournisseur de lien et le site pointé d'un *échange de liens ou de bannières*, courant sur Internet.

En théorie, le fournisseur d'un lien pointant vers une ressource contrefaisante est donc *le plus souvent* pénalement à l'abri. Reste à confirmer ces constatations par une étude de la jurisprudence.

B. Les applications jurisprudentielles

Comme on pouvait s'y attendre, les juges sont plus hésitants que les textes. Pour nous en convaincre, nous étudierons des arrêts américain, suédois et belge, qui rendent compte de la position de la jurisprudence en Europe comme aux États-Unis. Si dans la plupart des cas, le fournisseur de lien est mis hors de cause (a), sa responsabilité reste envisageable par le juge (b).

¹ Cf. *supra*, Le lien hypertexte et l'infraction principale.

a. Le fournisseur de lien mis le plus souvent hors de cause

Dans l'affaire de l'Église mormon¹, les époux Tanner, fondateurs de l'association « Utah Lighthouse Ministry », étaient responsables d'un site sur lequel ils avaient, dans un premier temps, hébergé des textes mormons pourtant protégés par le droit d'auteur dont disposait « Intellectual Reserve, Inc. ».

Suite à une mise en demeure, les époux Tanner retirèrent les textes litigieux de leur site, mais offrirent des liens hypertexte permettant à l'internaute de se rendre sur d'autres sites, hébergeant encore ces œuvres. À la question de savoir si les époux Tanner avaient incité, causé ou matériellement contribué à l'atteinte, le juge répondit par la négative, considérant que « *La seule relation existant entre les défendeurs et les opérateurs des sites litigieux est l'information publiée par les défendeurs, concernant les sites litigieux. Sur la base de ce manque de preuves, la Cour conclut que le demandeur n'a pas démontré que les défendeurs ont contribué à l'infraction réalisée par les sites litigieux.* »

Comme le droit français, le droit américain ne considère donc pas l'établissement d'un lien vers un site contrefaisant comme un acte de contrefaçon en soi, ni même de complicité.

En Suède à présent², l'IFPI³ poursuit Tommy Olsson au pénal pour avoir fourni des liens vers des sites contenant des fichiers MP3 constitutifs de contrefaçons. Après avoir constaté que le téléchargement du fichier MP3 par l'internaute n'entraînait aucune copie de la part de Tommy Olsson, la Cour conclut à l'absence de contrefaçon.

¹ U.S. District Court of Utah, 6 December 1999, Intellectual Reserve, Inc. vs. Utah Lighthouse Ministry, Inc.

² Cour d'appel de Göta, 27 décembre 1999, IFPI v. T. Olsson, nr. 1009/99.

³ International Federation of the Phonographic Industry, Fédération Internationale de l'Industrie du Disque.

Concernant l'incrimination de complicité de la contrefaçon prétendument réalisée par l'internaute, la Cour d'appel de Göta rappela qu'il n'était pas démontré que les fichiers MP3 en question ne pouvaient pas bénéficier de l'exception de copie privée. Ainsi, Tommy Olsson ne pouvait pas non plus être condamné pour complicité de reproduction illicite de phonogrammes.

Si la ligne que nous venons de décrire est suivie par la plupart des juges européens comme américains, il reste certains cas, dans lesquels le fournisseur de lien peut être condamné. C'est notamment celui de la fourniture de moyens.

b. La fourniture de moyens

En effet, le Président du Tribunal civil d'Anvers¹, en Belgique, a considéré que le fournisseur de liens vers des sites offrant le téléchargement de fichiers MP3 *mettait les moyens à disposition de l'internaute* pour lui permettre de commettre une infraction.

Il a en effet été jugé que « *L'établissement d'un lien a précisément comme but de fournir ce service au candidat usager.* », pour conclure que « *le défendeur a eu l'intention d'établir des liens vers des sites qui permettent de télécharger de la musique de manière illégale, à savoir sans avoir à payer au titulaire des droits d'auteur.* »

Nonobstant les caractères intrinsèques du lien ou encore l'exception de copie privée, le juge reconnaît ainsi la complicité du fournisseur de lien aux contrefaçons réalisées par les visiteurs de son site grâce à son aide.

¹ Tribunal civil d'Anvers, référé, 21 décembre 1999, IFPI c. Beckers W., RG 99/23830.

C'est oublier, comme nous l'avons vu, que la complicité précède en principe l'infraction, ou du moins lui est concomitante. De la même manière que le Président du Tribunal d'Anvers se base plus sur l'intention du défendeur que sur le droit positif, nous pouvons estimer que le jugement rendu trouve sa source dans la « volonté de punir », plus que dans celle d'appliquer fidèlement la règle de droit.

Ce jugement fait également fi du principe de neutralité technologique, considérant implicitement le format de fichier MP3 lui-même comme litigieux : « *il y a effectivement beaucoup de voies qui mènent au MP3* ».

La position retenue reste cependant assez isolée, et le simple fait d'établir un lien vers un site commettant des contrefaçons reste, en lui-même, assez difficilement punissable. Il a d'ailleurs été interjeté appel du jugement précité, avec de bonnes chances de succès.

Le cas de la contrefaçon étudié, il nous faut à présent nous pencher sur une autre infraction assez fréquemment rencontrée en ligne : celle relative à la pornographie impliquant des mineurs.

§ 2. – La pédo-pornographie et le lien hypertexte

La pornographie constitue un des contenus les plus présents sur Internet. Pour autant, dans la plupart des cas, elle reste dans les limites fixées par la loi pénale. Mais le Code pénal fustige la pornographie impliquant des mineurs, et le juge judiciaire poursuit sans relâche les auteurs ou diffuseurs de tels contenus sur la toile.

Dans quelle mesure un lien hypertexte pointant vers ce type d'images peut-il engager la responsabilité pénale ? Il nous faut distinguer, comme le fait le Code pénal, entre la protection du mineur en tant qu'objet de l'image (a), et en tant que destinataire potentiel (b).

A. Le mineur protégé comme objet de l'image

Après avoir rappelé les termes et la teneur de l'article 227-23 du Code pénal (a), il conviendra de rechercher en quoi cette disposition peut avoir vocation à sanctionner le fournisseur d'un lien hypertexte (b).

a. L'article 227-23 du Code pénal

L'article 227-23 du Code pénal dispose :

« Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende.

« Le fait de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines. (...) »

Ce texte protège le mineur en tant qu'il est l'objet de l'image ou de la représentation pornographique. L'élément matériel réside dans la diffusion des images ou représentations concernées par un moyen de communication quelconque. Cette diffusion implique donc que les images soient portées, par un tel moyen, à la connaissance du public.

Ici l'âge du public importe peu ; l'infraction est constituée même s'il est adulte. Autrement dit, par l'édiction de cette incrimination, on a voulu lutter contre les réseaux pédophiles.

Reste à savoir si l'établissement d'un lien hypertexte vers un contenu sanctionné par l'article 227-23 du Code pénal peut lui aussi constituer l'infraction.

b. L'applicabilité de l'article 227-23 au lien hypertexte

Peut-on admettre qu'un créateur de lien vers un site contenant des images répréhensibles soit condamné à raison de la diffusion de celles-ci ? Pour Cyril Rojinsky¹, « *La mise en place d'un lien ne peut être assimilée, d'une manière générale, à un acte de diffusion, du fait du comportement actif de l'utilisateur qui a le choix d'activer, ou non, le lien.* »

En effet, nous avons vu à propos de l'affaire Serge July² que la tendance dans la jurisprudence n'est pas à considérer le lien hypertexte comme un procédé de *diffusion*. Mais on pourra objecter que le texte de l'article 227-23 précise bien : « *par quelque moyen que ce soit* » ; de plus, quand bien même le fournisseur du lien échapperait à la qualification d'auteur principal, il pourrait être considéré comme complice de l'internaute se rendant coupable de recel lorsqu'il enregistre les images sur son disque dur.

C'est dire qu'en tout état de cause, il est possible de considérer que qualifier le fournisseur de lien comme auteur principal de l'infraction est excessif, puisqu'il ne représente ni ne stocke en aucune manière les contenus incriminés.

Mais dès lors que l'infraction est constituée par l'internaute, par recel, on ne voit pas pourquoi celui qui a permis l'infraction en élargissant l'accès à ces contenus ne serait pas considéré comme complice.

Penchons-nous à présent sur le cas de l'article 227-24 du Code pénal.

B. Le mineur protégé comme destinataire potentiel de l'image

Comme précédemment, il faudra rappeler le contenu de la loi pénale (a) afin d'en rechercher les implications en matière de liens (b).

¹ ROJINSKY C., La responsabilité du fait du contenu du site cible, *op. cit.*

² Tribunal de grande instance de Paris, 15 décembre 1998, Ministère public c. Serge July, *op. cit.*

a. *L'article 227-24 du Code pénal*

L'article 227-24 du Code pénal dispose :

« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la nature humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. »

Ce texte protège le mineur en tant que possible destinataire d'images pornographiques, violentes ou de nature à porter gravement atteinte à la nature humaine.

Il faut à cet égard rappeler que la pornographie, c'est davantage que la simple représentation ou évocation de la nudité. Se pose également la question de l'autonomie des trois notions soulevées par l'article 227-24 : pornographie, violence et atteinte à la nature humaine. Le plus souvent, il faut bien reconnaître que les textes incriminés parviennent malheureusement à les réunir.

Le délit sera caractérisé si c'est en connaissance de cause que l'on a diffusé le message litigieux et qu'il a été vu par un mineur ; mais il le sera également quand c'est par négligence que la diffusion auprès de mineurs a lieu, par exemple par défaut de précautions.

Établir un lien hypertexte vers un contenu illicite au sens de ce texte revient-il à diffuser un tel message, potentiellement auprès de mineurs ?

b. Le lien hypertexte et la diffusion auprès des mineurs

Certes, le lien hypertexte ne constitue pas réellement un moyen de diffusion. Mais l'élément central de l'article 227-24 est bien le fait de *rendre accessible à un mineur* un contenu pornographique, violent ou attentatoire à la nature humaine.

Le plus souvent, les sites pornographiques occupent une place « à part » sur le réseau, moins en vue que les sites commerciaux traditionnels, ou que les sites fournissant des contenus plus « classiques ». De plus, leurs exploitants tentent de se mettre à l'abri d'une application de l'article 227-24 par l'affichage, lors de l'entrée sur le site, de messages prévenant le visiteur que les images proposées sont pornographiques, et qu'il doit en conséquence avoir au moins dix-huit ans pour continuer sa navigation.

Il n'en reste pas moins que la question doit être posée, de savoir si l'établissement d'un lien hypertexte peut contribuer à rendre accessible à un mineur un contenu qui n'aurait pas du l'être.

Dans cette optique, un lien établi depuis un site « classique » vers un site pornographique pourrait fort bien tomber sous le coup de la loi. L'hypothèse est évidemment purement théorique, mais elle n'a rien d'insolite.

Il faut toutefois constater que l'expression « *par quelque moyen que ce soit* », présente à la fois dans les articles 227-23 et 227-24, se marie fort mal avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Comment, en effet, s'en tenir fidèlement aux termes d'un texte lui-même particulièrement ouvert ? On objectera certainement que l'ouverture en question correspond à la nécessité de traquer efficacement les contenus illicites ; il n'en reste pas moins que quand le raisonnement menant à l'application de ces dispositions forcera le recours à l'analogie, le juge sera inévitablement tenté de ne pas condamner.

Il nous reste enfin à étudier le cas de la diffamation et de l'injure.

§ 3. – Les délits de presse en ligne et le lien hypertexte

La liberté de propos offerte de fait par Internet peut être utilisée de bien des façons. Comme le rappelle Arnaud Hamon¹, « *Certains ont ouvert quelques pages à la gloire de leur poisson rouge. D'autres s'emploient à critiquer la politique menée par leur maire. Or, avec leurs pages web ils frottent en fait à la communication publique.* »

Il conviendra de rappeler dans un premier temps la difficile cohabitation entre délits de presse et Internet (A). On pourra ensuite revenir à notre sujet, pour rechercher si un lien hypertexte peut être considéré comme diffamatoire (B).

A. La diffamation et l'injure sur Internet

Pour faire en la matière l'état des lieux, nous rappellerons les dispositions applicables (a), puis ferons le point sur les solutions apportées par la jurisprudence (b).

a. Les dispositions applicables

La diffamation et l'injure sont sanctionnées par les articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, tandis que l'article 29 de cette même loi les définit, en deux alinéas². L'élément matériel de ces infractions réside dans le caractère public du fait reproché ainsi que dans le caractère identifiable de la personne victime de ce fait.

C'est dire que lorsque les individus touchés par la diffusion constituent un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts, on ne peut parler de publicité.

¹ HAMON A., *Une approche de la liberté d'expression sur Internet*, Mémoire de DEA, Université Paris X Nanterre, 2000.

² Alinéa 1^{er} : « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé.* » ; alinéa 2 : « *Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait.* »

La liberté d'expression demeurant entière, ces délits exigent une victime ; la répression ne peut avoir lieu que lorsqu'un particulier est en cause. Mais dès que l'identification est simplement *possible*, l'infraction est constituée. Enfin, la victime peut être une personne physique comme morale.

Reste évidemment l'élément moral, c'est-à-dire l'intention coupable. En matière de diffamation et d'injure, traditionnellement, la jurisprudence admet que l'intention est présumée.

Après ce rapide tour d'horizon, attachons-nous à voir comment la jurisprudence a pu appliquer ces délits sur Internet.

b. Les solutions jurisprudentielles

Dès 1996, dans une affaire opposant la BNP à la société Yves Rocher¹, le juge a estimé que « *toute personne ayant pris la responsabilité de faire diffuser publiquement par quelque mode que ce soit, des propos mettant en cause la réputation d'un tiers, doit être au moins en mesure, lorsque comme en l'espèce, cette divulgation est constitutive d'un trouble manifestement illicite, de justifier des efforts et démarches accomplis pour faire cesser l'atteinte aux droits d'autrui ou en limiter les effets* ».

Pour Emmanuel Derieux², la publication doit s'entendre de l'action de « *rendre publics* » les propos diffamatoires, « *quelle que soit la nature ou le support de cette publication* ». Il est bien évident que dès lors qu'une information est publiée sur le web, le critère de publication est rempli ; on serait même tenté de dire qu'il ne pourrait pas l'être plus parfaitement.

¹ Tribunal de grande instance de Paris, référé, 16 avril 1996, BNP Banexi c. Y. Rocher.

² DERIEUX E., *Droit de la communication*, 3^{ème} édition, 1999, LGDJ.

La question posant réellement problème en matière de diffamation et d'injure sur le réseau est celle de la prescription. En effet, la jurisprudence considérait que le délai de trois mois court à compter de la date du premier acte de publication. Mais il est très difficile de déterminer cette date, s'agissant d'une publication sur le web.

Le Tribunal de grande instance de Paris a pu, en 1997¹, considérer que la publication de propos diffamatoires sur un site web s'analyse comme « *un acte de publicité, distinct de celui résultant de la mise en vente du journal L'Express et commis dès que l'information a été mise à disposition des utilisateurs éventuels du site* », et baser le départ du délai de prescription à cette dernière date.

Ces précisions apportées, il faut à présent entrer dans le vif du sujet, et retrouver la problématique des liens hypertexte.

B. Le lien hypertexte diffamatoire ?

Le fournisseur d'un lien hypertexte pointant vers une ressource diffamatoire ou injurieuse participe-t-il à la publication des allégations incriminées ?

Pour répondre à cette question, il faudra premièrement rechercher si la présomption de mauvaise foi tient en matière de lien hypertexte (a). On pourra alors rechercher si le lien constitue une nouvelle publication des propos litigieux (b).

¹ Tribunal de grande instance de Paris, 30 avril 1997, Société ESIG c. L'Express : *Gazette du Palais*, 1997.

a. *Le lien hypertexte et la présomption de mauvaise foi*

Nous l'avons vu¹, en matière de diffamation et d'injure, l'élément intentionnel résulte de l'accomplissement de l'élément matériel. Ainsi, une véritable présomption de mauvaise foi pèse sur la personne qui publie des allégations diffamatoires ou injurieuses. C'est donc à cette personne de prouver qu'elle n'entendait pas porter atteinte à l'honneur ni à la considération dont bénéficiait la victime.

Si le simple établissement d'un lien hypertexte devait être considéré comme un acte de diffamation ou d'injure dès lors que la ressource pointée est constitutive de l'une de ces infractions, le maintien de la présomption de mauvaise foi serait fort difficile.

On peut comprendre, en effet, que celui qui rédige ou publie *personnellement* l'allégation litigieuse doive être considéré, par défaut, comme ayant la volonté, *l'intention coupable* de causer du tort à la personne visée. Mais peut-on raisonnablement soutenir le même préjugé concernant celui qui fournirait simplement un lien ?

Le lien hypertexte se rapproche ainsi, au sens du droit de la presse, de la citation. Concernant cette dernière, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de juger que la condamnation pour diffamation d'un journaliste se bornant à citer de tels propos était « *disproportionnée au but visé* »².

Il serait raisonnable d'adopter la même position concernant les liens hypertexte. De plus, l'aspect technique entrant en jeu, la confrontation du lien à la notion de publication nous oriente dans la même direction.

¹ Cf. *supra*, Les dispositions applicables.

² Cour européenne des droits de l'homme, 29 mars 2001, Thoma c. Luxembourg : *Légipresse*, décembre 2002, 197-III-226.

b. Le lien hypertexte et la notion de publication

Nous avons en effet pu constater¹ que la notion de publication est centrale dans la recherche de l'élément matériel des délits de diffamation et d'injure. Il est donc primordial de se poser la question de savoir si oui ou non, l'établissement d'un lien vers une ressource diffamatoire ou injurieuse constitue une nouvelle publication de celle-ci.

Si la réponse est positive, le fournisseur du lien n'échappera pas à la condamnation, sauf à prouver son absolue bonne foi ; dans le cas contraire, le débat sera clos, en l'absence d'élément matériel de l'infraction.

Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler que selon la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris, l'établissement d'un lien hypertexte ne constituait pas une publication au sens du droit de la presse². En effet, il a été considéré dans cette affaire que le lien n'entraînait rien de plus que la simple « *prise de connaissance* » de la ressource pointée – en l'occurrence, un sondage.

La notion de publication, même entendue largement, ne peut s'entendre que d'un procédé incluant, à un moment ou à un autre, une reproduction des propos litigieux. Il peut s'agir d'une réimpression, d'une photocopie, d'une réédition, d'une copie informatique, ou même encore d'une *duplication* d'un site web ; mais le lien hypertexte, techniquement, ne réalise aucune de ces opérations. Il se borne simplement à rediriger l'internaute vers un autre contenu.

Quant à la ressource diffamatoire pointée, elle a déjà été rendue publique ; l'infraction est donc déjà commise, et en aucune manière le lien n'en commet de nouvelle.

Ainsi, tant l'analyse juridique – sur les éléments constitutifs de l'infraction – que technique – sur le procédé informatique induit par le lien – permettent d'écarter avec une certaine confiance l'hypothèse du « lien diffamatoire ».

¹ Cf. *supra*, Les dispositions applicables.

² Affaire Serge July, *op. cit.*

Bibliographie

Ouvrages :

DEBBASCH Ch. (sous la direction), *Droit des médias*, Dalloz référence, éd. Dalloz, Paris, 2002.

DERIEUX E., *Droit de la communication*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1999.

GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd., PUF Droit, Presses universitaires de France, Paris, 2001.

LAUFER R., SCAVETTA D., *Texte, hypertexte, hypermédia*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, Paris, 1992.

LUCAS A., DEVÈZE J., FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Thémis droit privé, Presses universitaires de France, Paris, 2001.

MALAURIE Ph., AYNÈS L., *Droit civil – Les obligations*, 10^{ème} éd., éd. Cujas, Paris, 1999.

MAZEAUD H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, tome II, éd. Montchrestien, Paris, 1957.

STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Précis droit privé, éd. Dalloz, Paris, 1997.

Thèses et mémoires :

CHAZAL J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, Grenoble, 1996.

DIMÉGLIO A., *Le droit du référencement sur Internet*, thèse, Montpellier, 2002.

GARROTE I. J., *Linking, Framing and Copyright : a comparative law approach*, mémoire, Madrid, 2002.

HAMON A., *Une approche de la liberté d'expression sur Internet*, mémoire, Paris, 2000.

LESPY C., *La protection du droit d'auteur sur Internet*, mémoire, Paris, 2001.

SABLEMAN M., *Link Law Revisited : Internet linking law at five years*, mémoire, St. Louis, 2001.

Publications officielles :

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Hyperliens : statut juridique, Recommandation*, Paris, 2003.

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, la Recommandation du Forum*, Paris, 2003.

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Synthèse du premier forum « Ouvrons le débat »*, Paris, 2001.

GROUPEMENT DES ÉDITEURS DE SERVICES EN LIGNE, *Position sur les liens hypertexte*, Paris, 2002.

Autres publications :

ALLWEISS D., Copyright Infringement on the Internet : Can the Wild Wild West be Tamed ? *Touro Law Review*, 1999.

DIMÉGLIO A., Liens hypertexte : commentaires de l'affaire Keljob, *Juriscom.net*, 2001.

GRYNBAUM V., Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information, *Juriscom.net*, 2001.

HAUSS P., Affaire Keljob : sanction du *deep linking* par un tribunal français, *Clic-droit*, 2001.

KAPLAN C. S., Is Linking Always Legal ? The Experts Aren't Sure, *The Cyber Law Journal, New York Times*, 1999.

KUESTER J. R., NIEVES, P. A., Hyperlinks, Frames and Meta-tags : An intellectual property analysis, *The Journal of Law and Technology*, Research Foundation of Franklin Pierce Law Center, 1998.

MARTIN N., *Projet LEN : avancées et incertitudes*, table ronde, Paris, 2002.

PAPIN É., Le droit d'auteur face au *peer-to-peer*, *Légipresse* n° 199, Paris, 2003.

ROJINSKY C., La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu du site cible, *Juriscom.net*, 2002.

SABLEMAN M., The Emerging Law of Hypertext Links, *Communication Law and Policy* 559, St. Louis, 1999.

SÉDAILLAN V., Internet et droits d'auteur, *Autour du Libre 2002*, Évry, 2002.

SIRINELLI P., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, *L'Internet et le droit – droit européen et comparé de l'Internet*, Colloque international, Paris, 2002.

SPACENSKY V., Liens profonds : liberté sous conditions... Suite de l'affaire Keljob, *Clic-droit*, 2001.

STROWEL A., IDE N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens – deuxième partie : la responsabilité en matière d’hyperliens, *Droit et nouvelles technologies*, 2001.

THOUMYRE L., L’usage des hyperliens : vers une liberté encadrée, *Juriscom.net*, 2003.

Sites web :

Affiliation Pro, www.affiliationpro.com.

Clic Droit, www.clic-droit.com.

Don’t Link To Us! Stupid Linking Policies, www.dontlink.com.

Droit des nouvelles technologies, www.droit-technologie.org.

FindLaw, www.findlaw.com.

Forum des droits sur l’Internet, www.foruminternet.org.

Juriscom.net, www.juriscom.net.

Links and Law, www.linksandlaw.com

Legalis.net, www.legalis.net.

Nua Ltd., www.nua.ie.

The Link Controversy Page, www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/lcp.html.

Un geste indigeste, indigeste.ifrance.com/indigeste.

Table des matières

Sommaire	4
Introduction	6
Première partie : La responsabilité du fait du lien lui-même	11
Chapitre 1 : Les problèmes juridiques	12
Section 1 : Le lien hypertexte et le droit d’auteur	13
§ 1. – Le lien hypertexte en pays de droit d’auteur	13
A. Le site web comme œuvre de l’esprit	14
a. Le principe de protection générale	14
b. Les droits de l’auteur du site	15
B. Le droit moral	15
a. L’identification de l’auteur du site	15
b. Le droit au respect de l’œuvre	17
C. Le droit patrimonial	18
a. Les liens classiques	18
b. Les liens complexes	20
§ 2. – Le lien hypertexte en pays de <i>copyright</i>	22
A. Le régime des liens classiques	22
a. Le lien classique et la <i>Common law</i>	23
b. L’apport du <i>DMCA</i>	25
B. Le régime des liens complexes	26
a. Les liens profonds	26
b. Le <i>framing</i>	27
c. Les liens automatiques	28
Section 2 : Le lien hypertexte et la concurrence	29
§ 1. – Les problèmes juridiques	29
A. La concurrence déloyale	29
a. Les sources	30
b. Les comportements sanctionnés	31

B. Le lien comme pratique anticoncurrentielle.....	32
a. Le lien simple.....	32
b. Les liens complexes.....	33
§ 2. – Les solutions jurisprudentielles.....	34
A. La reconnaissance de la liberté de lier.....	34
a. La consécration de l'autorisation tacite.....	35
b. La nécessité d'une faute et d'un préjudice.....	37
B. Les limites de cette liberté.....	38
a. Le dénigrement.....	38
b. La confusion et le parasitisme.....	39
Chapitre 2 : Le droit prospectif.....	43
Section 1 : Le choix d'un statut contractuel.....	44
§ 1. – Les politiques générales en matière de liens.....	44
A. Les conditions générales d'utilisation.....	45
a. Présentation.....	45
b. Une valeur juridique incertaine.....	47
B. Les initiatives collectives.....	48
a. L'exemple du GESTE.....	49
b. Analyse critique.....	50
§ 2. – Les réseaux d'affiliation.....	52
A. Présentation générale.....	52
a. La définition et les principes.....	52
b. Quelques exemples concrets.....	54
B. L'analyse juridique de l'affiliation.....	55
a. Le contrat d'affiliation.....	55
b. L'exclusivité et les liens hypertexte.....	57
Section 2 : Le choix de la réglementation.....	59
§ 1. – Les conditions d'une réglementation.....	59
A. Régulation ou réglementation ?.....	59
a. La régulation.....	60
b. La réglementation.....	61

B. Quel législateur ?	62
a. Le législateur national	63
b. Le législateur communautaire	63
§ 2. – Le contenu d’une réglementation	64
A. Une approche modératrice	65
a. Limiter la portée de l’autorisation tacite	65
b. Interdire certains types de liens	67
B. Une approche libérale	68
a. Consacrer l’autorisation tacite	68
b. Reconnaître le principe de neutralité	69
Seconde partie : La responsabilité du fait de la ressource pointée	71
Chapitre 1 : Le lien hypertexte et les régimes généraux de responsabilité	72
Section 1 : La responsabilité civile du fait de la ressource pointée	73
§ 1. – La responsabilité du fait personnel	73
A. L’article 1382 du Code civil	73
a. La faute	74
b. Le préjudice	74
B. Applicabilité	75
a. La notion de causalité	75
b. L’établissement d’un lien comme faute	76
§ 2. – La responsabilité du fait de la négligence	77
A. L’article 1383 du Code civil	78
a. La négligence	78
b. L’imprudence	78
B. Applicabilité	79
a. Le devoir de diligence	79
b. Le devoir de prudence	80
c. Vers une obligation de surveillance générale ?	81
§ 3. – La responsabilité du fait des choses	82
A. L’article 1384 du Code civil	82
a. La chose	82

b. La notion de garde.....	83
B. Applicabilité	84
a. Les moteurs de recherche.....	84
b. Une application plus générale ?	87
Section 2 : La responsabilité pénale du fait de la ressource pointée.....	88
§ 1. – La complicité.....	88
A. La notion de complicité.....	89
a. La définition de la complicité	89
b. Les conditions de la complicité.....	90
B. Le lien hypertexte et l’infraction principale	91
a. La commission par le site cible	91
b. La commission par l’utilisateur	93
§ 2. – Le recel.....	94
A. La notion de recel	94
a. La définition du recel	94
b. Les conditions du recel	95
B. Le recel par lien hypertexte	96
a. Le recel intermédiation	96
b. Le recel profit.....	97
Chapitre 2 : Le lien hypertexte et les régimes spéciaux de responsabilité.....	99
Section 1 : Le lien hypertexte et les intermédiaires techniques	100
§ 1. – L’économie générale du régime.....	100
A. Le fournisseur d’accès.....	100
a. Le droit communautaire	101
b. Le droit interne.....	101
B. L’hébergeur de sites	102
a. Le droit communautaire	102
b. Le droit interne.....	103
§ 2. – Un régime applicable aux liens hypertexte ?	105
A. Le « simple transport » par lien hypertexte.....	106
a. Le lien hypertexte pris isolément	107

b. Les moteurs de recherche.....	108
B. Une application difficile	108
a. L'esprit de la loi	108
b. Un champ d'application restreint.....	109
Section 2 : Le lien hypertexte et les infractions spéciales.....	110
§ 1. – La contrefaçon.....	110
A. Le lien vers une ressource contrefaisante.....	110
a. Le fait de l'internaute	111
b. Le fait du site pointé	112
B. Les applications jurisprudentielles	113
a. Le fournisseur de lien mis hors de cause	114
b. La fourniture de moyens	115
§ 2. – La pédo-pornographie	116
A. Le mineur objet de l'image	117
a. L'article 227-23 du Code pénal.....	117
b. Applicabilité.....	118
B. Le mineur destinataire potentiel de l'image.....	118
a. L'article 227-24 du Code pénal.....	119
b. Applicabilité.....	120
§ 3. – Les délits de presse	121
A. La diffamation et l'injure sur Internet.....	121
a. Les dispositions applicables.....	121
b. Les solutions jurisprudentielles.....	122
B. Le lien hypertexte diffamatoire ?	123
a. La présomption de mauvaise foi	124
b. Le lien hypertexte et la notion de publication.....	125
Bibliographie	126
Table des matières.....	129
Annexes	135

Annexes

Charte d'édition électronique du GESTE	I
Conditions d'utilisation du site d'Air France, <i>www.airfrance.fr</i>	II
Contrat d'affiliation Lernoarama	III

ANNEXE – I

La charte d'édition électronique

Les engagements :

- L'éditeur
- L'utilisateur

Autorisé

- La citation
- Cas particulier : les titres et sous-titres
- L'analyse
- La revue de presse
- Création d'un lien

Interdit sans autorisation préalable :

- La reproduction électronique
- Le panorama de presse
- Le résumé
- La diffusion via Intranet
- La création d'archives

Rappel : Reproduction du papier vers le papier

Liste des signataires

Accord GESTE et L'ADBS sur la charte d'édition électronique

Les engagements

L'éditeur

L'édition d'informations en ligne obéit aux mêmes règles légales que l'édition traditionnelle.

Le contenu du site est donc régi par la Loi qui confère au lecteur divers droits et devoirs.

Disposer du droit de diffuser sur son site le contenu proposé.

Faire tout son possible pour vérifier la validité des informations portées à la connaissance du public.

Respecter les règles de déontologie journalistique en vigueur.

Ne porter atteinte ni à la liberté, ni aux droits et à la dignité de la personne.

Informers le lecteur de la nature éditoriale ou publicitaire des contenus proposés .

Autoriser le lecteur à imprimer tout ou partie du contenu proposé sur le site pour son usage strictement personnel.

L'utilisateur

L'utilisateur du site s'engage pour sa part à respecter les règles de propriété intellectuelle des divers contenus proposés sur le site c'est-à-dire :

À ne pas reproduire, résumer, modifier, altérer ou rediffuser, sans autorisation préalable de l'éditeur, quelque article, titre, applications, logiciels, logo, marque, information ou illustration, pour un usage autre que strictement privé, ce qui exclut toute reproduction à des fins professionnelles ou de diffusion en nombre.

À ne pas recopier tout ou partie du site sur un autre site ou un réseau interne d'entreprise.

À ne pas créer de lien hypertexte entre un autre site et le présent site sans accord préalable de l'éditeur.

La violation de ces dispositions impératives soumet le contrevenant, et toutes personnes responsables, aux peines pénales et civiles prévues par la loi.

Autorisé

La citation

La citation est une reproduction d'un extrait de la publication, respectant le droit moral de l'auteur par l'indication de son nom et de la source. Elle est nécessairement courte pour éviter le plagiat. Le qualificatif " courte " s'apprécie tant par rapport à la publication dont elle est extraite que par rapport à celle dans laquelle elle est introduite. La citation illustre un propos et ne doit pas concurrencer la publication à laquelle elle est empruntée. La multiplication des citations aboutit à la création d'une anthologie, considérée comme oeuvre dérivée, et donc soumise à l'accord préalable de l'auteur ou de l'ayant droit.

Cas particulier : les titres et sous-titres

Dans le cas particulier des titres et sous-titres, l'éditeur de ce site considère que la reprise de plus de trois titres et/ou sous titres d'une même édition, qu'il s'agisse de la reprise du journal papier ou de l'édition en ligne, ne saurait être considérée comme une citation et fera l'objet d'un accord spécifique et préalable de l'auteur.

L'analyse

L'analyse doit respecter le droit moral de l'auteur. Le caractère de brièveté retenu dans la citation n'intervient pas ici. L'analyse est en effet un texte original, comprenant une appréciation critique, mais dont la lecture ne saurait en aucun cas dispenser de la lecture de l'article ou de la publication analysés.

La revue de presse

Selon la Cour de cassation, la revue de presse est la " présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement ". Le nom de l'auteur et de la source doivent être clairement énoncés. Par ailleurs, la revue de presse ne doit pas être confondue avec le panorama de presse et est soumise aux mêmes obligations que la citation.

Création d'un lien

Il est possible de créer un lien vers un site sans autorisation expresse de l'éditeur, à la seule condition que ce lien ouvre une nouvelle fenêtre du navigateur.

Dans les autres cas et notamment : si vous souhaitez afficher le logo de l'éditeur, si le contenu du site de l'éditeur doit s'intégrer dans la navigation de votre site, en particulier par voie de cadres (frames),

si l'accès aux pages contenant le lien vers le site de l'éditeur n'est pas gratuit, vous devez demander l'autorisation expresse de l'éditeur aux adresses figurant à la fin de cette charte.

b. Il est précisé que la libre autorisation de faire un lien vers un site n'inclue pas la reproduction d'une partie du contenu, notamment un titre ou un sous titre, pour fabriquer ce lien (voir ci-dessus le paragraphe sur la citation et le cas particulier des titres et sous titres).

Interdit sans autorisation préalable

La reproduction électronique

L'abonné, l'acheteur et l'utilisateur d'une publication ou d'un article sur support papier ou numérique, n'acquièrent qu'un droit d'usage de cette publication ou de cet article (lecture par une ou plusieurs personnes, archivage à usage personnel et privé). Aucun droit de reproduction, sous quelque forme que ce soit (photocopie, scanner, copie numérique), n'est inclus dans l'acquisition de la publication ou de l'article, si ce n'est celui d'une copie unique destinée à un usage strictement personnel. Toute autre utilisation est donc soumise à l'accord préalable de l'éditeur. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné (jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 1 M F d'amende). Est donc interdite, sans autorisation préalable de l'éditeur, toute utilisation des contenus, quels qu'ils soient, de ce site notamment pour reproduction sur un autre site, mise à disposition sur un intranet ou tout réseau d'entreprise, diffusion des titres via alerte e-mail, insertion dans un panorama de presse quel qu'en soit le support, dans une plaquette promotionnelle, brochure...

Le panorama de presse

Selon le CFC, le panorama de presse est un assemblage d'extraits d'articles de presse. Il est généralement réalisé par une entreprise ou une administration qui le destine à ses dirigeants, ses collaborateurs, ses salariés ou ses clients ou pour un site web à destination de ses visiteurs. Il a pour objectifs de rendre compte, grâce à des sources extérieures à l'entreprise, de l'actualité du secteur d'activité, des produits ou de l'environnement concurrentiel de l'entreprise. La reproduction de tout ou partie d'un ou plusieurs articles ou informations émanant du présent site ou du support papier y étant rattaché, est donc soumise à autorisation préalable de l'éditeur. Ce dernier va mandater plusieurs entreprises spécialisées susceptibles d'intégrer techniquement son contenu à un panorama de presse. Cette habilitation ne couvre toutefois que les aspects techniques et ne saurait en aucun cas vous dégager de l'obligation d'autorisation préalable. Pour obtenir l'autorisation de l'éditeur, envoyez un mail aux adresses indiquées ci-dessous.

Le résumé

Le résumé d'un article est soumis à l'autorisation préalable de l'auteur ou de son ayant-droit.

Il doit nécessairement mentionner le nom de l'auteur et de la source.

Il faut toutefois veiller à ce qu'il ne porte pas concurrence à la publication ou au site à partir duquel est

réalisé ce résumé, ni à son auteur. Il doit donc être suffisamment concis et éloigné du texte original pour ne

pas être considéré comme une contrefaçon.

La diffusion via Intranet

Dès lors qu'elle est réalisée sans autorisation préalable de l'éditeur, la diffusion via intranet et réseau informatique, obéit aux règles d'interdiction de la reproduction.

La création d'archives

L'abonné, l'acheteur comme l'utilisateur d'une publication ou d'un article sur support papier ou numérique,

n'acquiert qu'un droit d'usage de cette publication ou de cet article.

Il ne peut donc en aucun cas archiver sur support numérique ou optique les contenus de ces supports, sans

autorisation préalable de ceux-ci.

Liste des signataires

www.agefi.fr

www.lefigaro.fr

www.lemonde.fr

www.lesechos.fr

www.liberation.fr

www.latribune.fr

www.investir.fr

www.zd.com

Rappel : Reproduction du papier vers le papier (par reprographie)

Le Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC) est aujourd'hui la seule instance à percevoir les droits de reprographie, ou copie du papier vers le papier, (généralement via photocopie).

Si vous souhaitez reproduire à plus d'un exemplaire tout ou partie d'un livre, d'un journal, d'un magazine, vous devez remplir un formulaire de reprographie auprès du CFC (www.cfcopies.com).

La reproduction intégrale par reprographie est interdite.

Reproduction du papier ou de l'édition électronique vers un support électronique, ou d'un support électronique vers un support papier : toute reproduction de ce type est soumise à l'accord préalable de l'éditeur.

Accord GESTE et L'ADBS sur la charte d'édition électronique

Le GESTE, groupement des éditeurs de service en ligne, a pour objet de défendre les intérêts de ses membres dans les instances où se décident les règles qui s'appliquent à la communication en ligne. L'ADBS, l'Association des professionnels de l'information et de la documentation, a notamment pour objet la défense des intérêts des professionnels de la documentation, en liaison avec les organismes intéressés, syndicaux ou patronaux, et avec les pouvoirs publics.

Le GESTE a publié sur son site Internet une charte d'édition électronique datée du 21 avril 2000. L'ADBS a manifesté son désaccord sur certains points de ce document dans une lettre adressée au Président du GESTE et publiée en juillet 2000 dans " Actualités du droit de l'information ", mensuel de l'ADBS.

Les responsables des deux associations se sont rencontrés en octobre 2000 afin de trouver un compromis applicable aux pratiques des professionnels de l'Information-Documentation. Ces professionnels ont, de manière générale, pour mission de collecter l'information, de la traiter et de la diffuser à des publics variés, plus globalement de la gérer. Les dispositions ci-après, qui ne constituent pas un contrat entre l'ADBS et le GESTE, sont destinées à rappeler aux professionnels de l'Information-Documentation les incidences des règles du droit d'auteur en matière de diffusion d'information en ligne, et aux membres du GESTE la finalité des pratiques documentaires.

Des discussions entre les responsables de l'ADBS et du GESTE ressortent les points suivants :

L'ADBS rappelle, au titre des règles déontologiques des professionnels de l'Information-Documentation, son attachement au respect des règles du droit d'auteur, notamment la nécessaire citation des sources de l'information.

Le GESTE estime que le travail des professionnels de l'Information-Documentation

ne porte pas préjudice au travail des éditeurs de presse, mais contribue à le mettre en valeur en incitant à consulter les articles de presse cités.

L'ADBS et le GESTE reconnaissent :

que la reproduction intégrale d'articles de presse en nombre sur tous types de supports, faite sans autorisation de l'ayant droit, porte atteinte aux intérêts des éditeurs et qu'elle est interdite ;

- a. que la modification ou altération des articles, titres, logos, marques, informations ou illustrations est également interdite ;
- b. que l'analyse signale l'existence d'un article mais qu'elle ne saurait en aucun cas dispenser de la lecture de l'article ou de la publication analysés ;
- c. que la citation est une reproduction d'un extrait de la publication, respectant le droit moral de l'auteur par l'indication de son nom et de la source , qu'elle est nécessairement courte pour éviter le plagiat et que le qualificatif " courte " s'apprécie tant par rapport à la publication dont elle est extraite que par rapport à celle dans laquelle elle est introduite. La citation illustre un propos et ne doit pas concurrencer la publication à laquelle elle est empruntée ;

qu'il est possible de créer un lien vers un site sans autorisation expresse de l'éditeur de ce site, à la seule condition que ce lien ouvre une nouvelle fenêtre du navigateur pour distinguer clairement la source d'information entre le contenu du site consulté et celui du site vers lequel pointe le lien ;

qu'une autorisation est nécessaire pour afficher le logo de l'éditeur, pour intégrer le contenu du site de l'éditeur dans la navigation d'un autre site, pour faire un lien vers des pages protégées par un mot de passe ou tout autre système.

ANNEXE – II

CONDITIONS D'UTILISATION DU SITE AIR FRANCE

1. Protection de la vie privée

"Vous pouvez télécharger la Loi de 78 au format pdf en cliquant sur cette icône"

2. Protection des données

Le système d'information internet d'Air France est enregistré à la CNIL (Commission Nationale Informatique et Liberté) sous le numéro de récépissé 661 129 version 1.

Conformément à la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 (article 27), vous disposez d'un droit d'accès, de rectification et de rétractation de la mise à disposition des données vous concernant.

Par simple courrier électronique, à l'adresse cybairfrance-fr@email.airfrance.fr, vous aurez accès aux informations vous concernant dans notre base de données, et vous pourrez les rectifier, demander leur suppression ou en limiter l'utilisation.

En aucun cas nous ne vendons, louons, sous-traitons ou échangeons, à un tiers, notre base de données comportant les informations confidentielles vous concernant.

3. Données personnelles

A – Sécurisation

Nous vous proposons un système de paiement en ligne sécurisé grâce aux dernières technologies en vigueur et notamment le protocole d'échange de données SSL.

Le logiciel du serveur SSL chiffré (ou encore « crypté ») au moyen d'algorithmes les informations que vous entrez (coordonnées bancaires, adresse, etc...) avant de les envoyer via internet : quand l'information est chiffrée, durant sa transmission sur le web, elle reste brouillée et n'est lisible que de notre serveur, avec une clé de déchiffrement qui lui est unique.

Le chiffrement se fait en utilisant des clés de sécurisation SSL 3.0 RC4, RSA 128 bits – échange 512 bits : la version du protocole SSL proposant le plus haut niveau de sécurisation actuellement.

Vous avez ainsi l'assurance d'acheter votre billet en toute confidentialité et sûreté.

Lorsque vous créez un compte, vous paramétrez l'identifiant et le mot de passe qui vous seront demandés pour modifier les informations relatives à votre compte (Cybairfrance et Mon Airfrance). Votre profil et vos données sont protégés par mot de passe de façon à ce que vous, et vous seul, ayez accès à ces informations personnelles. Nous vous recommandons de ne les divulguer à personne. Vous êtes le seul responsable de la préservation de la confidentialité de vos mots de passe et/ou de toute information en rapport avec votre profil. Nous vous incitons à faire preuve de prudence et de responsabilité chaque fois que vous êtes en ligne.

Vous devez en outre ne pas oublier de vous déconnecter de votre profil ni de fermer la fenêtre de votre navigateur à l'issue de votre session de travail, particulièrement si vous utilisez un poste informatique partagé avec d'autres pour l'accès à internet. Vous éviterez ainsi que des utilisateurs n'accèdent à vos informations personnelles.

En cas d'oubli de votre mot de passe, un système est prévu dans cette même rubrique pour vous en fournir un nouveau, de manière à ce que vous puissiez, dans tous les cas, mettre à jour ou supprimer votre compte web par e-mail dans la rubrique « Contactez-nous ». En supprimant votre profil, vous n'aurez dans ce cas plus accès aux services d'informations en ligne disponibles sur saisie d'un identifiant mot de passe.

En nous confiant ces données confidentielles (par internet), vous acceptez que ces informations soient conservées et utilisées par Air France de la façon décrite ci-dessous.

B - Informations personnelles recueillies au travers de ce site par Air France

Air France collecte plusieurs types d'informations par ses différents services en ligne. Air France est soucieux de

protéger les informations personnelles que vous nous communiquez. Dans ce cadre, nous nous engageons à respecter la confidentialité des données transmises. Vous conservez en permanence le complet contrôle sur les informations vous concernant. Par les choix que vous faites et par les informations que nous conservons, vous nous permettez de mieux vous connaître et ainsi de mieux satisfaire vos attentes. Les informations que nous vous demandons sur notre site sont les suivantes :

- votre état civil (Civilité, Nom, prénom, date de naissance, téléphone)
- votre adresse de livraison, le cas échéant.
- votre adresse de courrier électronique : confirmation de réservation (Cybairfrance), correspondance, abonnement lettre d'information...
- vos coordonnées bancaires (accès sécurisé SSL 128 bits...), dans le cadre d'une réservation avec paiement en ligne (Cybairfrance ou Coup de Cœur) ou pour participer aux enchères.

Lors de votre inscription à "Mon Airfrance" nous vous proposons de remplir un profil afin d'optimiser la personnalisation et d'améliorer le service que nous pouvons vous offrir. "Mon Airfrance" est votre espace, ainsi, afin de répondre au mieux à vos volontés ou souhaits, nous conserverons aussi :

- vos préférences (Destinations loisirs, destinations professionnelles...),
- les données concernant vos habitudes d'achats ou de réservations, votre mode de navigation sur les pages du site airfrance.fr et le type de navigateur que vous utilisez,
- concernant la correspondance par e-mail, le contenu de vos e-mails, votre adresse et nos réponses.

Les informations collectées peuvent être utilisées dans un but de communication promotionnelle, commerciale ou d'informations par Air France ou filiale uniquement, et via différents supports.

Nous pouvons être amenés à utiliser ces données pour effectuer toutes sortes d'études destinées à améliorer nos services,

Le recueil de ces données rentre dans le même cadre de respect de vie privée de notre part que pour tous les services en ligne d'Air France.

Chaque fois que des informations personnelles sont collectées, Air France s'efforce d'inclure un lien conduisant aux présentes Conditions Générales. Nous nous réservons le droit de modifier les Conditions Générales et vous incitons par conséquent à vous y reporter régulièrement.

C - Traitement des informations

Dans des circonstances très exceptionnelles, Air France peut être légalement amenée à communiquer des informations confidentielles lorsque cette démarche est nécessaire à l'identification, à l'interpellation ou à la poursuite en justice de tout individu susceptible de porter préjudice ou atteinte, intentionnellement ou non :

- aux droits ou à la propriété d'Air France
- à d'autres utilisateurs du site d'Air France
- à toute autre personne qui pourrait être pénalisée par de telles activités.

La communication de données personnelles peut ainsi exceptionnellement intervenir lorsque Air France est légalement tenue de le faire, suite au dépôt d'une plainte par exemple.

Dispositions relatives aux vols à destination des Etats-Unis

Pour assurer la sûreté aérienne et protéger leur sécurité Nationale, les Etats Unis ont adopté le 25 juin 2002 une réglementation obligeant toutes les compagnies aériennes internationales effectuant des vols vers les Etats Unis à donner aux douanes américaines, un accès à l'intégralité des informations détenues sur leurs passagers dans leurs systèmes de réservation.

Le fait de ne pas se soumettre à ces obligations de la loi américaine entraîne, de la part des autorités US, de lourdes sanctions pour les Compagnies.

AIR FRANCE informe donc, qu'à compter du 5 Mars 2003 l'intégralité des informations personnelles que ses clients lui communiquent au moment de la réservation, seront directement accessibles aux autorités américaines. AIR FRANCE qui s'attache, dans le cadre légal français et européen, à sécuriser et à protéger les données personnelles de ses clients, leur rappelle qu'un certain nombre de données sont obligatoires pour permettre leurs réservations et établir le contrat de transport, et que le droit d'opposition dont ils disposent en vertu de l'article 26 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés, conduirait à annuler leur voyage ou certaines des prestations demandées.

4. Utilisation des cookies

Les cookies sont de petits fichiers (d'un maximum de 4 ko) qui sont enregistrés sur votre disque par votre navigateur. Un cookie ne peut être lu que par le serveur qui vous l'a fourni. Le cookie se présente sous la forme suivante: son nom, son texte, sa date d'expiration, le nom de l'ordinateur qui vous l'a envoyé et s'il n'est accessible que par un serveur sécuritaire ou non. Ces informations sont stockées sur votre disque dur, le serveur n'en fait pas de copie.

Un cookie ne nous permet pas de vous identifier; en revanche, il enregistre des informations relatives à la navigation de votre ordinateur sur notre site (les pages que vous avez consultées, la date et l'heure de la consultation, votre adresse IP (l'adresse IP est une suite de quatre nombres entiers séparés par des points, qui identifie de façon unique un ordinateur connecté à internet, comme un numéro de téléphone. Cette adresse permet de distinguer un ordinateur d'un autre. L'adresse IP est soit dynamique, c'est à dire qu'elle peut changer à chaque connexion, soit fixe, elle sera donc toujours la même). etc.) que nous pourrions lire lors de vos visites ultérieures. La durée de conservation de ces informations dans votre ordinateur est de (...). Mais il ne peut pas connaître votre nom ou votre adresse de courrier électronique.

Il n'y a pas de risque à accepter les cookies Air France, ces derniers ne peuvent pas être exécutés en tant que codes ni donner des virus.

Nous vous informons que vous pouvez vous opposer à l'enregistrement de "cookies" en configurant votre navigateur de la manière suivante :

- Si vous naviguez sur Internet avec Internet Explorer 3 ou 4 (Microsoft) : Cliquez "affichage", "options", "avancées". Parmi différents avertissements que vous pouvez activer, le quatrième est intitulé "avertir avant d'accepter des cookies" et, uniquement sur Internet Explorer 4, le cinquième est intitulé "refuser toujours les cookies".

- Si vous naviguez sur Internet avec Navigator Gold 3 (Netscape) : Cliquez "options", "préférences du réseau", "protocoles". Parmi différents avertissements que vous pouvez activer, le premier est intitulé "avertir avant d'accepter un cookie". Vous serez alors averti(e) lors de l'arrivée d'un "cookie" et vous pourrez vous opposer à son enregistrement par votre logiciel de navigation.

5. Propriété intellectuelle

L'ensemble des données, textes, informations, images, photographies ou tout autre contenu diffusé sur le site font l'objet d'une protection au titre du droit de la propriété intellectuelle. Par conséquent, nos internautes ne peuvent utiliser ces éléments qu'à des fins exclusivement privées (cercle familial).

A l'exception des dispositions ci-dessus, toute reproduction, représentation, utilisation ou adaptation, sous quelque forme que ce soit, de tout ou partie des éléments du site sans l'accord écrit d'Air France est constitutif d'un acte de contrefaçon sanctionné par le Code de la Propriété Intellectuelle.

Toutes marques (marques nominales et logos) et tout autre signe distinctif qui apparaissent sur notre site sont la propriété d'Air France ou de ses partenaires. Par conséquent, toute reproduction et/ou représentation, et tout usage de ces signes distinctifs sont donc prohibés, sauf autorisation écrite de leur titulaire.

6. Responsabilité

Nous vous rappelons que le transport aérien de personnes est soumis aux Conditions Générales de Transport consultables sur notre site. Nous vous recommandons d'en prendre connaissance.

Pour l'ensemble des autres biens et services décrits sur notre site et non soumis aux conditions générales de transport, la responsabilité d'Air France ne saurait être retenue en cas de survenance d'un événement de force majeure tel que perturbation des services postaux ou de communication,

L'ensemble des photographies et documents illustrant les produits proposés sur ce site ne sont pas contractuels et ne sauraient engager la responsabilité d'Air France.

Air France ne saurait être tenu responsable de tous dommages indirects, tels que perte de profits, d'un marché, d'une chance, du fait de l'utilisation de notre site.

- liens hypertexte

La mise en place de tout liens hypertexte vers tout ou partie du site www.airfrance.fr est strictement interdite, sauf autorisation préalable et écrite d'Air France.

Air France ne saurait être tenu responsable du contenu, des données, des produits et informations diverses proposés à travers les sites vers lesquels des liens hypertexte sont réalisés. En particulier, Air France se dégage de toute responsabilité relative aux sites dont les données ne seraient pas conformes aux dispositions légales et réglementaires en vigueur.

Air France pourra effectuer des mises à jour à tout moment des conditions définies aux présentes. Ainsi, nous conseillons vivement à nos internautes de revenir les parcourir lors de chacune de vos visites.

7. Droit applicable-litiges

Les présentes conditions Générales sont soumises au droit français.

En cas de contentieux, les tribunaux français seront seuls compétents

ANNEXE – III

Contrat d'affiliation du site marchand www.toutapprendre.com

1. OBJET

Learnorama a mis en place un programme d'affiliation visant à permettre, entre les sites Internet exploités par un ou plusieurs de ses clients affiliés, ci-après dénommés les sites "marchands", et le site Internet du Partenaire, la mise en place d'un ou plusieurs lien(s) hypertexte pointant sur une page du site marchand aux visiteurs du site du Partenaire, d'être reroutés vers le site. En échange de la mise en place d(es) lien(s) hypertexte sur le site du Partenaire, le site marchand rémunérera le Partenaire sur la base d'un commissionnement tel que défini à l'article 6 ci-dessous.

2. ACCEPTATION DU PARTENAIRE

La validation des présentes Conditions générales entraîne l'acceptation sans réserves des présentes conditions générales. Tout particulier, société ou Association, français ou étranger, propriétaire d'un site Internet destiné au public peut poser sa candidature au programme d'affiliation de Learnorama.

3. GARANTIES

Le Partenaire propriétaire du site retenu déclare et garantit Learnorama à ce titre qu'il a procédé ou qu'il procédera, à ses frais et sous sa seule responsabilité, à l'ensemble des démarches administratives le concernant (y compris auprès des services fiscaux) qui pourraient être nécessaires du fait de la conclusion des présentes, et garantit Learnorama contre toute revendication d'un tiers à cet égard. En outre, le Partenaire s'assurera, à ses frais et sous sa seule responsabilité, auprès de son hébergeur, qu'il dispose du droit de créer des liens avec un site marchand et d'avoir ainsi des relations commerciales. Le Partenaire garantit Learnorama contre tous recours dirigés contre elle à ce titre. Par ailleurs, le Partenaire déclare et garantit Learnorama qu'il détient sur les textes et/ou iconographies apposées sur les pages de son site l'ensemble des droits nécessaires à leur diffusion sur Internet, et garantit à cet égard Learnorama contre toute revendication de quelque tiers que ce soit.

4. LIENS CREES

Le Partenaire sera libre de choisir le ou les types de liens qu'il souhaite créer entre son site et le site Learnorama. Afin de permettre la création de ces liens, Learnorama communiquera au site Partenaire retenu les codes nécessaires à la création des liens hypertextes (voir annexe technique). L'ensemble des liens prévus ci-dessous seront mis en place par le Partenaire à ses frais, et sous son entière responsabilité.

5. COMMISSION

Le montant de la commission est égal à 5% du chiffre d'affaires générés sur le site ToutApprendre.com par des acheteurs en provenance du site du Partenaire.

6. MODALITES DE REGLEMENT

Le reversement de la commission interviendra trimestriellement. Les commissions seront réglées au Partenaire, par chèque. Elles seront réglées en francs français ou en euros. Les éventuels frais de change seront à la charge du Partenaire. Le Partenaire aura accès à une page de management afin de suivre en temps réel le montant des ventes réalisées par son intermédiaire.

7. DISPOSITIONS DIVERSES

Le présent partenariat est conclu de façon non exclusive pour une durée indéterminée à compter de la prise d'effet telle que définie à l'article 2. Chacune des deux parties pourra y mettre fin en se désabonnant du programme d'affiliation, avec un préavis d'une semaine, à tout moment et de plein droit, et ce sans indemnité. Dans tous les cas de cessation des présentes, le Partenaire s'engage à compter de la fin du préavis mentionné ci-dessus à couper l'ensemble des liens pouvant exister entre son site Internet et le site de Learnorama. Dans tous les cas, aucune commission ne sera due au Partenaire par Learnorama à compter de la fin dudit préavis. Il est expressément convenu que l'accès aux contenus et données présents sur le site Learnorama ne confère aucun droit au Partenaire sur ces contenus et données, qui restent la propriété exclusive de Learnorama. En outre, Learnorama se réserve la possibilité de modifier, à tout moment et de plein droit, tout ou partie des présentes Conditions générales d'affiliation, y compris le montant des commissions. Elles seront portées à la connaissance du Partenaire par courrier électronique ou, le cas échéant, par lettre recommandée avec accusé de réception. A l'issue d'un préavis de trois semaines à compter de la date d'envoi du courrier électronique ou de la lettre recommandée, l'ensemble des modifications seront applicables et opposables de plein droit au Partenaire. En cas de refus par l'affilié des nouvelles conditions à l'issue du préavis ci-dessus, le contrat d'affiliation sera résilié de plein droit.

8. RESPONSABILITES -GARANTIES

8.1 Learnorama s'engage à mettre tous les moyens en œuvre pour assurer l'exécution du présent contrat. Sans garantir un service sans défaut ou sans erreur,

Learnorama s'efforcera :

- d'assurer le bon fonctionnement du service dans des conditions de fiabilité et de sécurité acceptables pour le Partenaire,
- de remédier aussi rapidement que possible à tout élément susceptible de porter atteinte au bon fonctionnement du réseau.

8.2 Learnorama ne garantit pas que les services répondront parfaitement aux attentes du Partenaire, qu'ils seront ininterrompus, opportuns, sûrs ou dépourvus de toute erreur, que les résultats obtenus par l'utilisation de ces services seront exacts et fiables, que la qualité de tous produits, services, informations obtenus par le Partenaire seront à la hauteur de ses attentes ni que les défauts éventuels affectant les logiciels utilisés, feront l'objet d'une intervention visant à éliminer ces défauts. En particulier, la responsabilité de Learnorama ne pourra pas être engagée du fait d'un dysfonctionnement des systèmes informatiques de Learnorama, même si l'interruption de ce service a occasionné au Partenaire un préjudice ou un manque à gagner. En conséquence, aucune indemnité ne sera due par Learnorama à ce titre.

8.3 La décision de Learnorama d'accepter un affilié ou de travailler avec un client ne peut en aucun cas lui conférer le statut d'agent commercial, agent, employé ou représentant soit de l'affilié, soit du client. En outre, ni le client, ni aucun des affiliés ne pourra prendre d'engagement au nom de Learnorama, ni représenter, contracter des engagements au nom de Learnorama pour quelque motif que ce soit.

8.4 Learnorama pourra interrompre momentanément la connexion du client ou des affiliés en vue d'effectuer des opérations de maintenance ou d'amélioration du réseau, à la condition de faire en sorte, dans la mesure du possible, que ces interruptions affectent le

moins possible la bonne exécution du présent contrat.

8.5 Le Partenaire déclare et garantit à Learnorama qu'il a procédé et procédera, à ses frais et sous sa seule responsabilité, à l'ensemble des démarches administratives, juridiques ou fiscales le concernant qui pourraient s'avérer nécessaires du fait de la conclusion des présentes et garantit Learnorama contre toute revendication des tiers à cet égard.

8.6 Le Partenaire déclare et garantit à Learnorama qu'il détient sur les textes et/ou iconographies apposées sur les pages de son site l'ensemble des droits nécessaires à leur diffusion sur Internet et garantit Learnorama contre toute revendication d'un tiers à ce titre.

9. LITIGES

À défaut de conciliation amiable entre les parties, tout litige relatif à l'interprétation, l'exécution ou la rupture des présentes sera soumis à la loi française et aux tribunaux compétents de Paris, même en cas d'appel ou de pluralité de défendeurs. En s'inscrivant au partenariat d'affiliation proposé par Learnorama, le partenaire déclare avoir pris connaissance des présentes conditions générales d'affiliation, et déclare en accepter l'ensemble de ses termes conditions.