

# ***Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible<sup>1</sup>***

Par Cyril Rojinsky,  
Avocat au barreau de Paris

email : [crojinsky@wanadoo.fr](mailto:crojinsky@wanadoo.fr)

## **Introduction**

Une fois admise l'importance des liens hypertextes dans le développement du réseau internet, il faut s'empresse de déterminer quelle est l'étendue de la responsabilité des fournisseurs de liens du fait des contenus auxquels ils renvoient.

Aucun texte français ou communautaire ne traite spécifiquement de ces intermédiaires qui, par leur activité, permettent à la Toile de se tisser. Tel n'est pas le cas aux Etats-Unis où, depuis 1998, le « *Digital Millennium Copyright Act* » (DMCA) statue sur la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens du fait des informations contrefaisantes vers lesquelles ils pointent<sup>2</sup>.

Quelques décisions éparses sont intervenues en la matière sans pour autant qu'un droit cohérent puisse en être extrait.

D'autant plus classiquement qu'il s'agit d'une question aux contours instables, il convient donc de s'interroger sur les fondements possibles de la responsabilité du fournisseur d'un lien hypertexte du fait du contenu illicite (I), avant d'en appréhender le régime (II), dont on pressent bien qu'il ne sera pas univoque.

## **I. A la recherche d'un fondement à la responsabilité des créateurs d'hyperliens du fait du contenu illicite du site cible**

A défaut d'un texte spécial régissant la responsabilité des créateurs d'hyperliens (A), il apparaît nécessaire de s'en remettre au droit commun (B).

### **A. L'exclusion du régime actuel de responsabilité des intermédiaires techniques**

La directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>3</sup> et la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 complétant celle du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication<sup>4</sup> édictent un régime spécial de responsabilité, ou plutôt d'irresponsabilité, des intermédiaires techniques de l'internet.

Il est tentant de se demander si ce cadre législatif est applicable au créateur d'un lien hypertexte dont la responsabilité est engagée du fait du contenu illicite du site vers lequel il pointe. A cette fin, il convient de déterminer si l'activité de cet acteur de l'internet peut être assimilée à l'une de celles décrites par les deux textes.

Trois activités sont visées, à savoir :

- La fourniture d'accès à l'internet (article 12 de la directive et article 43-7 de la loi) ;
- La fourniture d'hébergement (article 14 de la directive et article 43-8 de la loi) ;

---

<sup>1</sup> Ce texte est la transcription remaniée et augmentée d'une conférence prononcée le 8 octobre 2002 dans le cadre de l'*Association pour le développement de l'informatique juridique* (ADIJ).

<sup>2</sup> Pour une présentation en droit comparé des questions juridiques posées par les hyperliens, cf. I. J. Garrote, « *Linking and Framing: A Comparative Law Approach* », [2002] E.I.P.R., 184.

<sup>3</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« *directive sur le commerce électronique* »), JOCE L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

<sup>4</sup> Loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000, JO n°177 du 2 août 2000 (et texte consolidé de la loi de 1986 publié par *Légipresse* dans son supplément au n°175 d'octobre 2000).

- Le *caching* (article 13 de la directive).

Il faut d'ores et déjà écarter de la discussion les dispositions relatives au fournisseur d'hébergement, et à la technique dite du *caching*. La chose a d'ailleurs été jugée récemment. Ainsi, la Cour de Paris a-t-elle estimé que le moteur de recherche *Altavista* ne pouvait se prévaloir de l'exonération de responsabilité de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, modifiée en 2000 par ce qu'il est convenu d'appeler les amendements Bloche<sup>5</sup>.

En effet, le créateur d'un hyperlien n'héberge d'aucune manière que ce soit le site cible vers lequel il pointe, en ce sens qu'il ne stocke pas les informations fournies par l'éditeur du site cible<sup>6</sup>. La même observation s'impose s'agissant de la technique du *caching*<sup>7</sup> qui suppose également une activité de stockage.

La seule activité avec laquelle une comparaison est permise reste la « *fourniture d'accès à un service de communication en ligne* »<sup>8</sup>. Plus précise que la loi française, la directive communautaire évoque la transmission, « *sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service* », ou la fourniture d'« *accès au réseau de communication* »<sup>9</sup>.

Ces activités, qu'elle qualifie de « *simple transport* » (« *mere conduit* »), bénéficient d'une exonération de responsabilité si trois conditions cumulatives sont réunies :

- Le prestataire ne doit pas être à l'origine de la transmission,
- Il ne doit pas avoir sélectionné le destinataire de la transmission, et
- Il ne doit pas avoir sélectionné et modifié les informations faisant l'objet de la transmission.

Alors que le créateur de liens hypertextes pourrait être considéré comme offrant un accès à des services de communication en ligne, il ne semble pas réunir les trois conditions cumulatives exonératoires de responsabilité. En choisissant de manière manuelle ou automatisée les sites vers lesquels il renvoie ses visiteurs on peut estimer que le créateur d'un lien sélectionne en effet les informations faisant l'objet d'une transmission<sup>10</sup>.

Il faut donc considérer que la responsabilité des créateurs d'hyperliens relève du droit commun, du moins à ce jour. La directive sur le commerce électronique, qui ne se voulait pas exhaustive<sup>11</sup>, évoque

<sup>5</sup> CA Paris, 14<sup>ème</sup> Ch., 15 mai 2002, Expertises, décembre 2002, p. 433 : « *Considérant (...) que Altavista 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, dans sa rédaction issue de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, 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* ».

<sup>6</sup> Nous ne traiterons pas ici de l'hypothèse particulière dans laquelle un moteur de recherche – par exemple le site *Google* – conserve en mémoire cache les pages vers lesquelles sont redirigés les internautes, et qui agit donc pour partie en qualité d'hébergeur. De manière critiquable, et en renversant en quelque sorte la problématique, le Président du Tribunal de grande instance de Paris a néanmoins eu l'occasion de juger qu'un éditeur commet une faute de négligence au motif « *qu'ayant pris conscience de la nécessité d'expurger de son site [un reportage portant atteinte à l'intimité de la vie privée d'une vedette], [il n'avait pas jugé] utile de s'assurer qu'un important moteur de recherche ne permettait pas aux internautes de continuer à y avoir accès* » (TGI Paris, ord. réf., 4 janvier 2002, *Légipresse*, avril 2002, 190-III-63, note C. Rojinsky ; *Comm. – Comm. électr.*, juin 2002, *Comm.* n° 93, note A. Lepage ; D. 2002, *Somm.*, 2299, obs. C. Caron). L'éditeur a ainsi été condamné en raison de son propre contenu, qu'il avait retiré du réseau, mais qui avait été conservé sans son accord dans la mémoire cache du moteur *Google*.

<sup>7</sup> Le *caching* est une technique de « *stockage temporaire des pages les plus consultées, soit sur le serveur, soit dans la mémoire de l'ordinateur de l'utilisateur* » (définition extraite de l'Etude du Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, 1998, La Documentation française, annexe n° 3, p. 253).

<sup>8</sup> Art. 43-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée par la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000.

<sup>9</sup> Art 12 de la Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, précitée.

<sup>10</sup> Sur les aspects techniques au regard du droit des logiciels, v. C. Rojinsky, « *Hyperliens et droit à l'interopérabilité dans la société de l'information* », *Comm. – Comm. électr.*, juillet-août 2002, *Chron.* n° 18.

<sup>11</sup> Cf. intitulé de la directive, « *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* », et le considérant n° 42 cantonnant les dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive aux activités qui revêtent un caractère purement technique, automatique et passif, qui impliquent que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées.

en effet la « *nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte* »<sup>12</sup> sous la forme d'un rapport qui devra être établi à ce sujet par la Commission européenne au plus tard le 17 juillet 2003.

## B. Le retour au droit commun

### 1. Responsabilité civile

En créant un lien, son auteur est susceptible de causer un dommage à autrui du fait du contenu préjudiciable ou illicite du site vers lequel il pointe, et à ce titre, d'engager sa **responsabilité civile**. Celle-ci sera engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil si le demandeur à l'action parvient à prouver l'existence d'une faute imputable à l'auteur du lien, cette faute lui ayant causé un préjudice.

C'est ainsi que la création, par une société, d'un lien qui pointe vers un site dénigrant les produits de son concurrent direct a été jugée comme caractérisant un acte de concurrence déloyale<sup>13</sup>. Rejetant l'idée d'une responsabilité automatique, les conseillers de la Cour de Paris ont toutefois pris soin de relever que cet acte procédait d'une « *démarche délibérée et malicieuse entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine* ». 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, ce qui devrait permettre de traiter de manière différente les indexations automatiques réalisées par des moteurs de recherche.

De même, la responsabilité du fournisseur de liens sera engagée, cette fois-ci sous le visa de l'article 1383 du Code civil, si en créant ce lien et/ou en le maintenant, il a manqué à son devoir de diligence ou de prudence.

Tel pourrait être le cas d'un éditeur de site pointant vers un site dont il ignore le contenu, mais dont le nom de domaine ou tout autre élément extérieur au contenu aurait dû le faire douter de sa conformité au droit. Son inertie peut alors être fautive et, dès lors qu'elle a causé un préjudice à autrui, sa responsabilité pourra vraisemblablement être mise en jeu<sup>14</sup>.

Soulignons qu'une telle responsabilité par omission n'aurait pas pour effet de faire peser sur le créateur du lien une obligation générale de contrôle et de surveillance des contenus vers lesquels il pointe, à l'instar de celle que la jurisprudence antérieure à la loi d'août 2000 avait parfois tendance à mettre à la charge des fournisseurs d'hébergement<sup>15</sup>. Nous n'envisageons ici que le cas où les circonstances auraient objectivement pu ou dû mettre l'éditeur en situation de doute quant à la licéité du site. Ce n'est qu'alors, nous semble-t-il, que son inaction pourrait lui être reprochée et éventuellement sanctionnée.

Reste enfin la question fort débattue de la responsabilité civile du fait des choses. L'on sait qu'un jugement – isolé – du Tribunal de grande instance de Paris a eu l'occasion de considérer que « *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 al. 1<sup>er</sup> du Code civil* »<sup>16</sup>. L'information, lorsqu'elle est, en quelque sorte, « *matérialisable* » et « *archivable* », serait donc susceptible de donner lieu à une responsabilité sans faute. Car c'est là, bien entendu, tout l'intérêt de

<sup>12</sup> Art 21, al 2 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, précitée.

<sup>13</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> Ch., 19 septembre 2001, NRJ et Baudecroux c/ Europe 2 Communication, Légipresse, novembre 2001, 186-III-196 ; Comm. – Comm. électr., janvier 2002, Comm. n°3, note C. Caron ; Expertises, avril 2002, p. 149 (et commentaire de J. Larrieu, « *L'hyperlien complice* », p. 141) ; Forum des droits sur l'internet : <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=217>> ; pour un exemple similaire de dénigrement par l'utilisation d'un article de presse dans l'intention de nuire à un concurrent, voir : Cass. com. 23 mars 1999, D. 2000, Somm., p. 319, obs. Y. Picod.

<sup>14</sup> Cf. T. Verbiest et E. Wéry, « *La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés* », Légipresse, mai 2001, 181-II-49.

<sup>15</sup> CA Paris, ord. réf., 10 février 1999, Lacambre c/ Estelle Hallyday, D. 1999, jur., 389, note N. Mallet-Poujol ; JCP 1999, éd. G, II, 10101, note F. Olivier et E. Barbry ; Gaz. Pal. 5-6 avril 2000, note C. Caron ; CA Versailles, 8 juin 2000, Multimania Production c/ Linda Lacoste, Légipresse, septembre 2000, 174-III-139, note C. Rojinsky ; Forum des droits sur l'internet : <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=77>>.

<sup>16</sup> TGI Paris, 27 février 1991, JCP 1992, éd. G, II, 21809, note P. Le Tourneau.

cette qualification. Le « *gardien* » de telle ou telle information, c'est-à-dire celui qui, classiquement, dispose sur elle des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle<sup>17</sup>, serait alors automatiquement responsable du préjudice qu'elle cause à autrui.

En matière d'hyperlien, un tel raisonnement n'a rien de théorique. Il a d'ailleurs déjà été plaidé dans une affaire mettant en cause le référencement, par le moteur de recherche *Alta Vista*, d'un site pornographique portant le nom de celui qui allait devenir Maire de Paris, Bertrand Delanoé<sup>18</sup>. Le demandeur avait bien conscience, en effet, qu'il s'agissait là d'un référencement automatique, et qu'il serait donc difficile de démontrer l'intention de l'exploitant du moteur. Restait donc la faute de négligence,... et la responsabilité du fait des choses. Le Président du Tribunal, statuant en référé, a estimé qu'il s'agissait d'une question relevant de la compétence des juges du fond. Pour le moins, pourrait-on dire. Car, même si cette idée féconde d'une responsabilité automatique du fait des informations que l'on a sous sa garde a été défendue par une partie de la doctrine<sup>19</sup>, nous ne disposons à ce jour que d'un jugement de 1991 pour l'étayer concrètement. Il est néanmoins fort probable que cet argument soit employé à l'avenir.

## 2. Responsabilité pénale

S'il ne fait pas de doute que le fournisseur d'hyperliens peut, dans certaines hypothèses, engager sa responsabilité civile du fait du préjudice qu'il cause en pointant vers un site illicite, sa **responsabilité pénale** est plus délicate à déterminer. La question se pose dans les termes suivants : sur le fondement de quelle incrimination pénale peut-on mettre en œuvre sa responsabilité ?

Le créateur d'un lien hypertexte fournit, à l'occasion de cette activité, les moyens à un internaute de consulter sur le Web des documents dont le contenu peut s'avérer illicite. Tel serait le cas notamment d'un lien pointant vers un site reproduisant des images pornographiques de nature pédophile ou des propos diffamatoires. Cette fourniture de moyens d'accès est-elle répréhensible ?

La notion de fourniture de moyens n'est pas étrangère au Code pénal. Ainsi, l'article 434-32 du Code réprime par exemple « *le fait, par toute personne, de procurer à un détenu tout moyen de se soustraire à la garde à laquelle il était soumis* »<sup>20</sup>. Mais aucune disposition de ce Code n'incrimine, en tant qu'auteur principal et de manière distincte, celui qui fournit les moyens de commettre une infraction. Il faut donc s'en remettre à la notion de complicité.

Pour mémoire, l'article 121-7 du Code pénal dispose qu'« *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* ». L'aide ou l'assistance apportée par le complice renferme la notion de fourniture de moyens<sup>21</sup>, autrefois expressément incluse parmi les cas matériels de complicité<sup>22</sup>.

Il s'agit donc de déterminer si le fait pour un éditeur de site de créer un lien vers un contenu illégal peut être assimilé à la fourniture de moyens permettant de commettre une infraction. Plus concrètement, celui qui crée un lien vers un site contenant des images pédophiles peut-il être jugé complice par fourniture de moyens, étant entendu que l'éditeur du site lié tombe sous le coup de l'infraction prévue à l'article 227-23 du Code pénal<sup>23</sup>, et l'utilisateur qui reçoit et qui enregistre les images, sous le coup de l'infraction de recel ?

<sup>17</sup> Critères dégagés par l'arrêt *Franck* (Cass. Ch. réunies, 2 déc. 1941, D. C. 1942, 25, note Ripert ; S. 1941, 1, 217, note Mazeaud, JCP 1942, II, 1766, note Mihura).

<sup>18</sup> TGI Paris, ord. réf., 31 juillet 2000, Bertrand Delanoé c/ Alta Vista Company, Kohiba Multimédia, Kohiba Productions, Félix M. et Objectif Net, Expertises, février 2002, p. 79 ; Juriscom.net : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tqiparis20000731.htm>>.

<sup>19</sup> G. Danjaume, « *La responsabilité du fait de l'information* », JCP 1996, éd. G, I, 3895 ; F. Dupuis-Toubol, M.-H. Tonnelier, S. Lemarchand, « *Responsabilité civile et Internet* », JCP 1997, éd. E, I, 640.

<sup>20</sup> Pour d'autres exemples, voir les art. 441-2 (3°) et 441-5 (3°).

<sup>21</sup> F. Desportes et F. Le Gunehec, *Le Nouveau Droit Pénal*, 4<sup>e</sup> éd, 1997, Economica, n°538 ; J-Class. Pénal, art 121-6 et 121-7 du code pénal, p. 13, n° 59.

<sup>22</sup> Art. 60 de l'ancien Code pénal.

<sup>23</sup> Sur la question de la mise en cause du fournisseur d'hyperliens en tant qu'auteur principal de cette infraction, voir *infra*, II. A.

A cet égard, il peut sembler que le lien procure à l'éditeur du site lié un moyen de prolonger la diffusion des images sur le réseau et, à l'utilisateur, celui de les enregistrer et donc de les stocker sur son disque dur. Il est donc envisageable d'appréhender, en l'absence de toute disposition spécifique, la création ou le maintien d'un lien renvoyant vers un contenu illégal par la notion de complicité, dès lors, bien évidemment, que les conditions en sont réunies sur la tête du responsable du site liant : un élément matériel de complicité (en l'occurrence la fourniture d'un moyen), un élément intentionnel (le moyen ayant été fourni en connaissance de cause) et bien entendu un fait principal punissable. L'obstacle majeur sera de démontrer l'élément intentionnel de complicité, autrement dit la connaissance, par le créateur de lien, du caractère illicite du contenu cible et sa volonté de prendre part à sa communication.

L'autre qualification pénale qu'il s'agit de confronter à l'activité d'un fournisseur d'hyperliens est celle du recel. L'article 321-1, alinéa 1 du Code pénal dispose que « *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* ». Ne peut-on considérer que le créateur d'un hyperlien est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée en tant qu'il fait office d'intermédiaire afin de transmettre un contenu qui procède d'un délit ?

Cette question en suscite une seconde, fort ancienne et bien connue des juristes : une information seule est-elle susceptible de recel, et peut donc être assimilée à une chose<sup>24</sup> ? Une partie de la doctrine considère que le recel peut porter sur une chose incorporelle dès lors que le bien provient d'un délit<sup>25</sup>. On retrouve des traces de cette thèse notamment dans une décision inédite du Tribunal de grande instance de Paris, en date du 3 juin 1997<sup>26</sup>. Dans cette affaire, deux personnes étaient prévenues de s'être approvisionnées en images pornographiques de nature pédophile auprès de serveurs télématiques situés au Danemark. L'un des prévenus avait détruit intégralement le fichier informatique contenant les images litigieuses, travail que son comparse n'estima pas nécessaire de réaliser. Le tribunal a condamné uniquement ce dernier en jugeant de manière surprenante que la « *détention de choses même immatérielles, telle des informations, est susceptible de caractériser le délit de recel* ». La portée de ce jugement reste néanmoins limitée.

Tout d'abord, il ne s'agit là que d'une décision de première instance. Ensuite, il faut bien voir que les magistrats n'avaient d'autre choix que de relaxer les deux prévenus du chef de la fabrication, du transport ou de la diffusion d'images pornographiques, aux motifs que l'article 227-23 exclut « *à l'évidence la simple détention, ou acquisition de telles images* », et que l'élément de diffusion nécessaire pour caractériser l'infraction n'apparaissait pas comme établi. Le recel était alors le seul moyen leur permettant d'entrer en voie de condamnation. En outre, il semblerait qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas réellement de recel d'une information, mais davantage de celui d'une chose corporelle. En effet, en n'effaçant pas les fichiers contenant les images litigieuses de l'ordinateur, celles-ci demeuraient enregistrées sur le disque dur, chose éminemment matérielle. Il aurait donc peut-être été plus judicieux de parler de recel d'un stock de fichiers<sup>27</sup>. Enfin et surtout, ce jugement va à l'encontre du fameux arrêt de principe de la Cour de cassation, rendu à l'occasion de la publication par le *Canard Enchaîné* de documents fiscaux concernant Jacques Calvet, arrêt qui énonce qu'une « *information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions tant de [l']article 460 [de l'ancien Code pénal] que de l'article 321-1 du [nouveau] Code pénal entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994 (...)* »<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> V. notamment M.-P. Lucas de Leyssac, « *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?* », D. 1985, Chron., 44 ; A. Weber, « *Vol et recel d'informations – Une décision : deux enterrements ?* », Expertises, mai 1995, p. 189 ; J-Class Pénal, art 321-1 à 321-5, Fasc. 30, p.16.

<sup>25</sup> V. notamment, M.-L. Rassat, *Droit pénal Spécial : Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 1996, n° 179, p. 185.

<sup>26</sup> TGI Paris, 15<sup>e</sup> Ch., 3 juin 1997, M. P. c/ Goy et Arevian, RG n°9325910066 (inédit) ; voir dans le même sens : Cass. crim. 12 janvier 1989, « *Bourquin* », Bull. crim., n° 14 ; Rev. sc. crim. 1990. 507, chron. M.-P. Lucas de Leyssac (arrêt qui retient le vol « *du contenu informationnel* » de disquettes).

<sup>27</sup> Sur le recel d'un stock de fichiers, voir T. corr. Le Mans, 16 févr. 1998 : JCP 1999, II, 10011, note Frayssinet ; pour une réflexion générale sur la prise en considération de l'immatériel par le droit, voir notamment P. Catala, « *La matière et l'énergie* », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 557.

<sup>28</sup> Cass. crim 3 avr. 1995 : Bull. Crim. n° 142 ; D. 1995, Somm. 320, obs J. Pradel ; JCP 1995, éd. G, II, 22429, note E. Derieux.

En définitive, il semble 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. Mais peut-on en revanche considérer que ce dernier est receleur au sens de l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code, en tant qu'il bénéficie, en toute connaissance de cause, du produit d'un délit ?

Cette disposition constitue la consécration législative de la jurisprudence antérieure au nouveau Code pénal sur le « *recel-profit* », qui permet d'appréhender les personnes qui ont plus ou moins tiré profit du produit d'un crime ou d'un délit sans jamais avoir eu de maîtrise sur la chose<sup>29</sup>. S'agissant de la notion de bénéfice, elle semble être large et ne nécessite pas forcément la démonstration d'un accroissement de la valeur du patrimoine<sup>30</sup>. Or, le lien peut être à l'origine d'une augmentation du flux des internautes sur le site liant, ce qui est de nature à le valoriser, notamment en tant que support publicitaire. Dans ces conditions, il est tout à fait envisageable que le créateur d'un hyperlien voit sa responsabilité engagée pour recel, en tant qu'il a bénéficié du produit d'un délit. Toujours est-il qu'il paraît nécessaire, dans cette perspective, de montrer en quoi le lien est la seule, ou du moins l'une des causes principales de la plus-value ainsi apportée au site liant. En cette matière, les juges du fond auront le dernier mot, la caractérisation du « *bénéfice* » étant bien entendu soumise à leur appréciation souveraine.

Reste donc désormais à s'interroger sur le régime de responsabilité des fournisseurs d'hyperliens dans certaines hypothèses particulières qui permettent une approche plus concrète des choses.

## II. Le régime de responsabilité des créateurs d'hyperliens

La question du régime de responsabilité du créateur d'hyperliens du fait du contenu cible nécessite que l'on s'intéresse, d'une part aux infractions spéciales sous le coup desquelles il peut tomber (A), et d'autre part à l'efficacité réelle d'une gestion des risques par la voie contractuelle (B).

### A. Les infractions spéciales

Alors qu'il s'agissait précédemment d'identifier un fondement général de responsabilité des créateurs d'hyperliens du fait du contenu illicite du site lié, il importe maintenant de se demander si l'activité de cet intervenant essentiel de l'internet ne devrait pas, pour plus de précision, être déterminée en fonction de la qualification de l'infraction reprochée à l'éditeur du site lié. La question est légitime dans la mesure où chaque incrimination emploie des termes précis qu'il convient de confronter à l'intervention de l'éditeur de site liant.

Cette démarche est d'autant plus pertinente que – alors que nous tenterons de démontrer que l'hyperlien n'est pas un mode de « *diffusion* », ce qui a des conséquences très importantes sur son régime juridique, tout particulièrement en matière pénale – un texte international récent préfère s'appuyer, parallèlement, sur la notion beaucoup plus large de « *mise à disposition* ». Ainsi, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté – le 7 novembre 2002 – un Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité sur « *l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques* »<sup>31</sup>. Si le rapport explicatif du Protocole insiste sur le caractère intentionnel de telles infractions<sup>32</sup>, son point n° 28 indique que, « *par « diffusion », il faut entendre l'action consistant à disséminer du matériel raciste et xénophobe à autrui, tandis que la « mise à disposition » désigne l'action consistant à mettre du matériel raciste et xénophobe en ligne pour qu'il*

<sup>29</sup> Cf. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial - Infractions des et contre les particuliers*, Précis Dalloz, éd. 1997, n°180 et s., p. 186.

<sup>30</sup> Cf. J-Class. Pénal, Art. 321-1 à 321-5, Fasc. 20, n° 75 et s., p. 13.

<sup>31</sup> Document intégral disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe, à l'adresse <<http://www.coe.int>>.

<sup>32</sup> Point n° 25 du rapport explicatif (document CM[2002]94) : « *Toutes les infractions énumérées dans le Protocole doivent être commises de façon « intentionnelle » pour que la responsabilité pénale soit engagée. Dans certains cas, un élément intentionnel spécifique supplémentaire fait partie intégrante de l'infraction. Les auteurs du Protocole, comme ceux de la Convention, se sont entendus pour considérer que l'interprétation du mot « intentionnellement » doit être laissée aux droits internes. Une personne ne peut être responsable pour une quelconque infraction contenue dans ce Protocole si elle n'a pas agi avec intention délictueuse. Il ne suffit pas, par exemple, pour que la responsabilité pénale d'un fournisseur de services soit engagée, que ce dernier sert d'intermédiaire pour la transmission de ce type de matériel par le biais d'un site Web ou d'un bavardoir, en l'absence de l'intention requise en droit interne dans le cas particulier. De plus, un fournisseur de service n'est pas tenu de surveiller le contenu pour éviter la responsabilité pénale. »*

soit utilisé par autrui. » Et d'ajouter que « Cette expression englobe par ailleurs la création ou la compilation d'hyperliens visant à faciliter l'accès à ce matériel ». Il apparaît donc qu'au sein même de la catégorie des délits de presse – et donc ici en ce qui concerne notamment l'incitation à la haine raciale<sup>33</sup> – une distinction devra être faite lorsque ce Protocole entrera en vigueur. Car il n'est pas certain, en effet, que la simple « mise à disposition » d'un contenu par l'intermédiaire d'un hyperlien constitue une nouvelle « publication » de celui-ci au sens du droit de la presse<sup>34</sup>.

Sans prétendre à l'exhaustivité, ce bref panorama se limitera aux trois principales infractions susceptibles, à notre sens, d'être commises par l'auteur du site vers lequel renvoie le lien. Il s'agit tout d'abord de la contrefaçon, puis du délit de presse que constitue la diffamation, et enfin de la pornographie.

## 1. La contrefaçon

L'éditeur d'un site peut, au sein de celui-ci, méconnaître le droit de propriété intellectuelle d'autrui, et notamment le droit d'auteur qu'il détient sur son œuvre. Il commet alors un acte de contrefaçon. Ne peut-on alors considérer que le responsable du site qui établit un lien vers un contenu contrefaisant, en permettant aux internautes de le consulter, voire de le télécharger, est à son tour contrefacteur ?

Loin de constituer un cas d'école, c'est à cette même question qu'ont dû répondre les magistrats composant, d'une part, le Tribunal de grande instance de Saint-Etienne<sup>35</sup> dans un jugement du 6 décembre 1999 et, d'autre part, le Tribunal de grande instance d'Epinal<sup>36</sup> dans un jugement du 24 octobre 2000. Réserve faite de la formulation propre à chacune des deux juridictions, les juges du fond ont considéré qu'en mettant à la disposition des utilisateurs de l'internet, fut-ce à titre gratuit, des phonogrammes numérisées sans l'autorisation des cessionnaires des droits de reproduction, les prévenus s'étaient rendus coupables des délits de contrefaçon prévus par les articles 335-2 et 335-4 du Code de la propriété intellectuelle. Serait donc contrefacteur à titre principal, non seulement celui qui, sur son site, offre des fichiers contrefaisants, mais également celui qui crée sur son site des liens hypertextes permettant d'y accéder. Ainsi, l'acte de « mise à disposition » visé par le Code de la propriété intellectuelle en matière de droit de représentation engloberait également celui qui, par l'établissement d'un lien, procure à autrui le moyen de consulter des fichiers contrefaisants stockés sur un autre site dont il n'est pas responsable. La chose est néanmoins critiquable. En effet, quand bien même les sanctions pénales seraient finalement identiques, on ne peut que s'étonner que le simple renvoi à un contenu contrefaisant donne lieu à une condamnation en qualité d'auteur principal et non de complice, qui aurait été pourtant la qualification adéquate.

Mais il est vrai que dans ces deux affaires, l'intention frauduleuse des prévenus ne faisait pas de doute. Mais qu'en serait-il de celui qui pointe vers de tels sites sans avoir connaissance de leur caractère contrefaisant ? En d'autres termes, qu'en est-il de la bonne foi du créateur du lien ? On sait qu'en cette matière, une distinction s'impose selon le juge saisi de l'affaire. Si celle-ci est portée devant le juge pénal, « l'existence de l'élément intentionnel résulte de la matérialité du délit, sauf preuve par le prévenu de sa bonne foi »<sup>37</sup>. La présomption de mauvaise foi peut donc être renversée par la preuve contraire. Toute autre est la situation devant le juge civil<sup>38</sup>, au grand regret de certains auteurs<sup>39</sup>. En effet, la bonne foi du défendeur est alors inopérante. Le responsable d'un site qui établit en toute bonne foi un lien vers un site contrefaisant se verrait donc condamné au civil pour contrefaçon et serait tenu de réparer un préjudice auquel il n'a pas intentionnellement pris part. Nous

<sup>33</sup> Art. 24 de la loi du 29 juillet 1881 (tel qu'amendé par la loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972).

<sup>34</sup> V. *infra* II. A. 2).

<sup>35</sup> TGI Saint-Etienne, 3<sup>ème</sup> Ch., 6 décembre 1999, SACEM et al. c/ Roche et Battie, Comm. – Comm. électr., juillet-août 2000, Comm. n° 76, note C. Caron (qui évoque le concept de fourniture de moyens) ; RIDA, avril 2000, n° 184, p. 389, obs. A. Kéréver (p. 309) ; Forum des droits sur l'internet : <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=216>>.

<sup>36</sup> TGI Epinal, Ch. corr., 24 octobre 2000, MP et SCPP c/ Conraud, Comm. – Comm. électr., décembre 2000, Comm. n° 125, note C. Caron ; Forum des droits sur l'internet : <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=215>>.

<sup>37</sup> Cass. crim. 13 décembre 1995 : D. 1997, jur., 196, note B. Edelman.

<sup>38</sup> Récemment, v. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 29 mai 2001, Bull. civ. I, n° 154 (« La contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés »).

<sup>39</sup> Sur la critique de cette distinction, voir P-Y. Gautier : « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon », Propriétés Intellectuelles, avril 2002, n°3, doct. p 28.

partageons à cet égard l'opinion du professeur Gautier selon lequel une distinction s'impose entre, d'une part, le ou les principaux auteurs de la contrefaçon pour lesquels la prétendue preuve de la bonne foi serait inopérante, et, d'autre part, les autres « *protagonistes de l'exploitation* » qui pourraient valablement exciper de leur bonne foi. En matière d'hyperliens, la mauvaise foi devrait ici devenir une condition de la responsabilité<sup>40</sup>.

## 2. La diffamation

La question de la responsabilité du fournisseur d'hyperliens se pose dans les mêmes termes s'agissant d'un lien pointant vers un site dont le contenu recèle l'un des délits de presse prévus par la loi du 29 juillet 1881, et plus particulièrement un contenu diffamatoire<sup>41</sup>. Soit un responsable de site qui établit un lien vers un autre site contenant des propos diffamatoires à l'encontre d'un tiers. Prenant pour hypothèse le fait que le délit de diffamation est constitué à l'encontre du responsable du site lié, quel sera le sort de l'auteur du lien ? C'est toute la question de *l'imputabilité*, comme fondement presque philosophique de la responsabilité, qui se trouve posée ici. Et ceci alors que des projets déjà bien avancés – tel que le « *Web sémantique* »<sup>42</sup> – annoncent peut-être une disparition plus grande encore du discours classique, imputable à un auteur précis, discours qui se trouverait progressivement débordé par une masse d'énoncés sans sujet, donc sans auteur finalement responsable, du fait du trop grand nombre de liens successifs entre les contenus mis en ligne<sup>43</sup>.

Mais revenons aux textes. L'article 29 de la loi de 1881 dispose qu'« *est punissable la publication directe ou par voie de reproduction* » de propos diffamatoires. La question est donc de savoir si l'auteur du lien participe, ou non, à la publication des allégations litigieuses. A notre connaissance, cette question n'a jamais été portée devant les tribunaux.

Pour Emmanuel Derieux, 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* »<sup>44</sup>. A cet égard, il convient d'évoquer un jugement rendu en 1998 par le Tribunal de grande instance de Paris<sup>45</sup>. Dans cette affaire, il était reproché au journal *Libération* d'avoir permis l'accès depuis son site, par le biais d'un hyperlien, à un site Web californien sur lequel étaient diffusés des sondages en infraction à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977<sup>46</sup>. Le Tribunal de Paris a relaxé le directeur de publication du quotidien en procédant à un raisonnement en deux temps. Tout d'abord il a estimé que seule la publication ou la diffusion est interdite par la loi, à l'exclusion de la « *prise de connaissance* » du sondage. Ensuite, les magistrats ont jugé qu'il n'avait pas été démontré que « *le prévenu ait personnellement aidé à la mise en place ou publication du sondage interdit, diffusé sur un site étranger* ». Il faut en retenir que la mise en place d'un hyperlien ne serait pas assimilable, selon cette décision, à un acte de publication, au sens de la loi de 1977 qui avait fondé les poursuites.

<sup>40</sup> Dans le même sens, voir V. Varet, « *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes* », Légipresse, novembre 2002, 196-II-139.

<sup>41</sup> Sur la compétence d'attribution du tribunal d'instance en matière de diffamation publique ou non publique commise sur l'internet, v. C. Rojinsky, « *L'autonomie inachevée du droit de la presse* », Légipresse, juillet-août 2002, 193-II-85.

<sup>42</sup> Sur ce projet technique, mais aussi social et politique, v. le compte-rendu de la Conférence *LexiPraxi 2002* de l'Association des informaticiens de langue française (sur <<http://www.aifl.net>>), intitulée « *Le Web sémantique, une vision de la toile à s'approprier* ».

<sup>43</sup> Sur *l'imputabilité* envisagée dans le champ du droit d'auteur, v. G. Leclerc, « *Le sceau de l'œuvre* », éd. du Seuil, coll. Poétique, 1998, p. 302 : « Peut-être *l'auctorialité*, sous les formes que nous lui connaissons actuellement (droit d'auteur, propriété intellectuelle, littéraire et artistique), est-elle en train de disparaître sous la poussée de la révolution reprographique et informatique. Nous serions ainsi passés subrepticement de l'époque de l'œuvre signée – bref moment historique qui succéda à *l'anonymat du Texte* – à celle de *l'anonymat de l'énoncé* ».

<sup>44</sup> E. Derieux, *Droit de la Communication*, 3<sup>e</sup> éd., 1999, LGDJ, p. 413.

<sup>45</sup> TGI. Paris, 17<sup>e</sup> Ch., 15 décembre 1998, MP c/ S. J., Légipresse, janvier-février 1999, 158-III-16 ; Comm. – Comm. électr., oct. 1999, Comm. n° 17, note A. Weber.

<sup>46</sup> Qui prohibait la publication, la diffusion et le commentaire de sondage par quelque moyen que ce soit pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci (Loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication de certains sondages d'opinion, JO du 20 juillet et rect. du 7 octobre 1977). Depuis la loi n° 2002-214 du 19 février 2002 modifiant la loi du 19 juillet 1977 (J.O. du 20 février 2002, p. 3257), l'interdiction de publication des sondages est limitée à la veille du scrutin et au jour du scrutin lui-même.

La solution aurait-elle été la même pour un lien pointant vers un contenu diffamatoire ? La chose n'est pas certaine. Se pose en effet la question de savoir si le même terme – celui de « *publication* » – aura une acception différente selon le fondement des poursuites, qui étaient ici limitées à la loi relative aux sondages d'opinion. Il reste qu'on voit mal comment, en matière de diffamation, la création d'un lien pourrait constituer un nouvel acte de publication, sachant que le contenu lié a d'ores et déjà été rendu public, et le délit consommé<sup>47</sup>.

On le voit d'autant plus mal qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme a pu juger que la condamnation d'un journaliste qui s'était borné à *citer* un article diffamatoire était contraire à l'article 10 de la CEDH, car cette ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression était « *disproportionnée au but visé* ». En particulier – et la chose semble transposable en matière de liens hypertextes – les juges de la Cour de Strasbourg ont clairement indiqué que « *le fait d'exiger de manière générale que les journalistes se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné* »<sup>48</sup>. Et d'ajouter, ce qui donne en quelque sorte des recommandations concrètes sur la manière de mettre en place un lien en direction d'un contenu diffamatoire, que, « *dans le cas d'espèce, le compte-rendu de l'émission fait apparaître que, en tout état de cause, le requérant a pris, chaque fois, la précaution de faire mention qu'il commençait une citation et d'en citer l'auteur* ». Nous pouvons donc raisonnablement en déduire qu'il serait licite de mettre en place un lien en direction d'un contenu diffamatoire, à condition toutefois que l'exploitant du lien cite clairement la source et l'auteur. Tout est donc, à nouveau, une question de désignation aussi claire que possible de l'auteur initial du propos diffamatoire, et de la publication qui l'a mis à disposition originellement<sup>49</sup>.

### 3. La pornographie

Le créateur d'un hyperlien pointant vers un site pornographique illégal peut-il tomber sous le coup des articles 227-23 et 227-24 du Code pénal ? Le premier de ces deux textes protège le mineur en tant qu'il est l'objet de l'image ou de la représentation pornographique, et le second le protège en tant que possible destinataire d'images pornographiques<sup>50</sup>. Les deux infractions incriminent le fait de diffuser par quelque moyen que ce soit les images litigieuses. 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 ? Il faut rappeler que la chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris ne semble pas estimer qu'un hyperlien soit un mode de « *diffusion* » en matière de sondages d'opinion<sup>51</sup>.

Pour notre part, nous estimons que 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<sup>52</sup>. Contrairement au téléspectateur, l'internaute est en effet un maillon essentiel de la communication des informations mises en ligne<sup>53</sup>. Un hyperlien ne pourrait donc tomber – en tant que tel, et indépendamment des hypothèses de recel – sous le coup des dispositions pénales en matière de pornographie. Mais la question n'a pas encore été soulevée devant les tribunaux.

Il reste – d'une manière générale – la difficile conciliation qu'il faut chaque fois opérer entre le principe d'interprétation stricte de la loi pénale et l'adaptation de cette même loi aux nouvelles réalités technologiques. Ce qui ne se laisse pas traduire, c'est la limite même de la lisibilité des comportements qui ne peuvent chaque fois être assimilés, par analogie, à des catégories existantes.

<sup>47</sup> Sur l'application du droit de la presse à l'internet, voir notamment : B. Ader, « *Evolution de la notion de publication : de la presse écrite à Internet* », Légipresse, octobre 1999, 165-II-123 ; P. Auvret, « *L'application du droit de la presse au réseau Internet* », JCP 1999, éd. G, I, 108.

<sup>48</sup> CEDH, 29 mars 2001, Thoma c/ Luxembourg, Légipresse, décembre 2002, 197-III-226, note B. Ader. Sur l'aide apportée à la « *diffusion des déclarations émanant d'un tiers* », v. déjà CEDH, 23 septembre 1994, Jersild c/ Danemark, Légipresse, 118-IV-5.

<sup>49</sup> A ce sujet, Basile Ader s'inquiète de ce que cet arrêt de la CEDH pourrait faire « *reculer la théorie de l'imputabilité du délit au journal qui rapporte les propos d'un tiers, comme les ayant nécessairement repris à son compte* » (note sous CEDH, 29 mars 2001, *op. cit.*). Et d'ajouter que ce serait là remettre en cause le principe selon lequel « *c'est la publication qui fait le délit* ».

<sup>50</sup> Cf. J-Class. Pénal, Art. 227-23 et 227-24.

<sup>51</sup> TGI Paris, 15 décembre 1998, MP c/ S. J., précité ; en sens contraire, v. S. Staub, « *Les incidences juridiques des liens hypertextes* » (2<sup>e</sup> partie), Expertises, février 1999, p. 20.

<sup>52</sup> C. Rojinsky, « *Un clic de trop – Le droit menace-t-il les hyperliens ?* », Expertises, janvier 2000, p. 430.

<sup>53</sup> Dans le même sens, J-F. Chassaing : « *L'internet et le droit pénal* », D. 1996, Chron., 330.

## B. La gestion des risques

Face aux multiples sources de responsabilité auxquelles ils doivent faire face, les créateurs d'hyperliens – et en particulier les exploitants de sites internet – cherchent donc à se prémunir contre l'éventualité d'une condamnation. Certains de ces procédés semblent inopérants alors que d'autres sont en revanche envisageables, et il convient de les décrire succinctement.

Il ne fait aucun doute, en matière pénale, que les notices légales déchargeant les créateurs d'hyperliens de leur responsabilité sont nulles. Les dispositions pénales sont en effet impératives, et l'article 6 du Code civil interdit que l'on déroge par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public.

En revanche, sur le terrain civil, la gestion des risques peut se faire par un recours à la contractualisation<sup>54</sup>. Pratiquement, il s'agit pour l'éditeur du site liant d'insérer sur son site une clause aux termes de laquelle il informe l'utilisateur de son défaut de connaissance du contenu du site cible, et se décharge en conséquence de toute responsabilité du fait dudit contenu<sup>55</sup>. Une telle clause s'avérera particulièrement précieuse dans le cas d'une modification du contenu cible initiée par l'opérateur du site lié. Celui-ci est en effet le seul à avoir une maîtrise sur le contenu de son site, et peut notamment décider d'y intégrer, après la création du lien, et à l'insu de l'opérateur du site liant, un document illicite.

Mais le simple fait de mettre à la disposition de l'utilisateur une limitation de responsabilité suffit-il ou faut-il conditionner l'accès au site lié à sa prise de connaissance de la clause et à l'expression de son consentement ? Un consentement exprès est bien entendu préférable, mais la question reste ouverte, tout particulièrement entre professionnels.

Quoi qu'il en soit, certaines limites traditionnelles sont de nature à réduire à néant une telle limitation de responsabilité et à faire entrevoir les risques d'une condamnation. Tel est le cas de la prohibition des clauses abusives – qui ne semble plus protéger, désormais, que les consommateurs en tant qu'ils sont des personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales<sup>56</sup> – et qui permettrait de réputer non écrites de telles clauses d'exclusion de responsabilité<sup>57</sup>. La limitation de responsabilité peut également voler en éclat, sur le fondement de l'article 1150 du Code civil, en cas de dol ou de faute lourde de l'éditeur du site liant. Tel serait le cas lorsque le lien est établi dans l'intention de nuire aux utilisateurs du site liant. Enfin, la limitation de responsabilité ne doit pas avoir pour effet de permettre une atteinte à une obligation essentielle pesant sur le responsable du site liant, sans quoi celle-ci sera écartée par le juge sur le fondement de l'article 1131 du Code civil<sup>58</sup>. Tout dépendra donc de la nature du site et de l'étendue de ses obligations à l'égard des utilisateurs.

## Conclusion

S'il est légitime de chercher à engager la responsabilité du créateur d'un hyperlien en cas de comportement répréhensible pouvant lui être directement imputé, la question pose davantage de difficultés si, n'ayant pas commis lui-même un quelconque délit, il se trouve « *impliqué* » dans sa consommation. Or cette implication peut aussi bien avoir été voulue par l'intéressé comme n'ayant été que fortuite.

Il nous paraît donc essentiel que soit prise en compte la finalité qu'a assigné l'éditeur au lien qu'il a établi. A cet égard, il y a tout lieu de souscrire à la démarche de la Cour d'appel de Paris qui, pour sanctionner le créateur d'un lien du fait du contenu cible illicite, relève que celui-ci, en créant ce lien,

<sup>54</sup> Sur le fondement de l'article 1150 du Code civil relatif aux clauses limitatives de responsabilité.

<sup>55</sup> Pour un exemple, v. A. Hollande et C. Zuker, « *Précautions juridiques en matière de conception de liens hypertextes* », Comm. – Comm. électr., janvier 2001, fiche pratique n° 1, p. 8.

<sup>56</sup> CJCE, 22 novembre 2001, *Cape Snc c/ Idealservice Srl, et Idealservice MN et RE Sas c/ OMAI Srl*, JCP 2002, éd. G, II, 10047 ; Cont. – Conc. – Consom., janv. 2002, comm n° 18 ; D. 2002, Somm., 2929, obs. J.-P. Pizzio. L'impact de cet arrêt sur le droit français des clauses abusives reste néanmoins incertain en fonction des interprétations.

<sup>57</sup> C. conso., art. L. 132-1.

<sup>58</sup> Cass. com. 22 octobre 1996 (affaire *Chronopost*), Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, jur., 121, note A. Sériaux ; Cass. com. 17 juillet 2001, JCP 2002, éd. E, II, 1290, note G. Loiseau.

s'est « *volontairement et délibérément associé* [au contenu du site] *dans un but déterminé* »<sup>59</sup>. Il serait bienvenu que les prochaines propositions de la Commission européenne en matière de responsabilité du fait des hyperliens s'en inspirent. Le futur régime de responsabilité en la matière – si régime spécifique il y a – devra donc s'efforcer de faire le départ entre la mise en place volontaire d'un lien hypertexte en direction de telle ou telle ressource en ligne, et l'indexation automatique de ces mêmes ressources par des moteurs de recherche<sup>60</sup>.

Seule la prise en considération de cet élément intentionnel semble constituer un rempart efficace contre un raisonnement manichéen qui tendrait à condamner systématiquement les fournisseurs d'hyperliens, ou à les déclarer irresponsables de manière générale.

C.R.

---

<sup>59</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> Ch., 19 septembre 2001, NRJ et Baudécroux c/ Europe 2 Communication, précité.

<sup>60</sup> Comme l'a très bien écrit le Professeur Vivant, « *Que serait l'internet sans moteur de recherche ? Une sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole. Autrement dit : rien. Une sorte d'étonnant objet surréaliste où régnerait le hasard* » (M. Vivant, « *A la recherche des moteurs* », Comm. – Comm. électr., avril 2001, Chron. n° 9).