

15 ans de moteurs de recherche, 15 ans d'innovations juridiques

[Retour au sommaire de la lettre](#)

Domaine :	Recherche	Référencement
Niveau :	Pour tous	Avancé

Cet article tente de faire un récapitulatif et une synthèse des différents cas de jurisprudence, en France et en Europe notamment, autour des moteurs de recherche depuis quinze ans et l'arrivée des pionniers du domaine. Où en sommes-nous en 2009 ? Quel est le niveau de responsabilité des moteurs par rapport aux données qu'ils détiennent ? Le droit actuel est-il applicable aux moteurs de recherche ? Un excellent prétexte pour faire un point sur ce domaine si sensible à l'heure actuelle...

La 100ème Lettre Recherche & Référencement de ce mois est l'occasion de faire un état des lieux de l'application de la loi et des aspects juridiques au référencement et aux activités de *search*. Si cet article peut sembler *a priori* quelque peu technique, il synthétise la confrontation de l'innovation du Web face au conservatisme de la loi.

Voilà 15 ans que le référencement a vu le jour (en même temps que les premiers moteurs de recherche), voici 15 années que la recherche web a révolutionné Internet et surtout les moyens de communiquer, de commercer, de se faire concurrence, en bref, de vivre comme dans le monde "réel". Mais si certains ont pensé dès le début qu'il n'y avait pas de droit sur Internet, la loi s'est appliquée. Sauf que cette loi était conçue et pensée pour le monde physique.

C'est donc à tâtons et surtout sur la base de la curiosité et de l'innovation que les juristes ont dégagé un corpus juridique gouvernant les activités sur Internet, et plus particulièrement la recherche et le référencement. Aujourd'hui, les pans principaux des activités de moteurs de recherche (liens sponsorisés, référencement, recherche naturelle, etc...) sont balisés et encadrés. Mais puisqu'on arrête pas le progrès, surtout dans ce secteur, le droit devra encore s'adapter et innover !

1. Le régime aujourd'hui de la recherche sur Internet

Dès le mois de novembre dernier, nous vous alertions sur une décision espagnole légitimant la recherche naturelle et le référencement au regard du droit. C.Manara titrait même : "le référencement est légal" (<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=1097>). On est soulagé !

Si une telle décision peut faire sourire en 2008, il n'en reste pas moins qu'il a fallu du temps, des discussions, des procès, de la compréhension et de la curiosité pour en arriver à ce stade aujourd'hui.

Chacun pourra se persuader que le droit doit s'adapter à la réalité technique ou culturelle. Pourtant, cela n'est pas une évidence pour le législateur ou le juriste. De très nombreuses activités courantes sont pratiquées par de nombreuses personnes, mais restent illégales. Aujourd'hui, jouer sur des sites de casinos en ligne ou des sites de bookmakers est illégal en France, alors que cela semble naturel et sans conséquence pour la quasi-totalité de nos concitoyens.

Arriver à la conclusion que la recherche est légale est donc logique aujourd'hui, mais cela reste le fruit de nombreux combats juridiques.

La naissance d'un droit applicable aux moteurs de recherche

Les premières discussions autour des moteurs de recherche concernaient les accès ou la facilitation de l'accès à des sites illégaux et immoraux. On pense aux sites pédophiles, mais également aux sites antisémites, racistes, homophobes, etc...

Les juges ont donc du appliquer le droit de l'époque, à savoir... le Code civil de 1804. En effet, aucune loi spécifique à Internet n'existait. A l'inverse des droits anglo-saxons, les droits latins sont fondés sur des grands principes, dont un qui est énoncé par l'article 1382 du Code civil : *on est responsable des fautes que l'on commet*. Simple, mais terriblement efficace !

Sur le fondement de cet article, les juges ont donc dégagé rapidement la responsabilité des moteurs de recherche. Toutefois, soulignons déjà que dans les années 1990 (à une époque où quasiment personne ne connaissait Internet), des avocats tentaient d'expliquer à des juges que les moteurs de recherche n'hébergeaient pas, ni d'éditaient les sites qu'ils référençaient. C'est grâce à de telles personnes, qui ont pris du temps personnel pour demander à leurs enfants, leurs cousins informaticiens ou encore à des experts ce que voulaient dire Internet, moteurs de recherche et hébergement que les premières décisions ont été rendues. Et bien rendues...

Devant l'innovation technique, certains pays ont commencé à se doter de lois. Les États-Unis (grâce au "lobbying" de certaines sociétés) ont ainsi inséré dans leur droit un ensemble de règles relatives à Internet et surtout, aux activités de recherche sur Internet. Ainsi, le 8 octobre 1998, le Congrès américain votait le fameux Digital Millenium Copyright Act ("DMCA") (http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=105_cong_public_laws&docid=f:publ304.105.pdf). Le 18 novembre 1998, la Commission européenne présentait les principes directeurs de la future directive commerce électronique (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/98/999&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>). Les termes généraux de la directive sont, pour ce qui concerne les intermédiaires, extrêmement proches de ceux du DMCA.

L'Union européenne a adopté le texte législatif concernant les intermédiaires techniques principalement au travers de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ("*la directive commerce électronique*") qui a été transposée, en droit français, grâce à la loi "Confiance en l'Économie Numérique" du 21 juin 2004 ("*la LEN*"). Le principe fondateur de l'Union repose notamment sur un système dualiste où l'Union adopte un texte que chaque Etat doit ensuite adapter de manière similaire voire identique, dans son droit interne. Ainsi, quand une directive impose un principe, la France est dans l'obligation de le transposer.

Il convient de souligner que la France avait, dès 2000, adapté sa loi sur l'audiovisuel pour qu'elle s'applique partiellement à Internet. Un statut d'intermédiaire existait et s'appliquait aux moteurs (certes difficilement pour les juges, mais l'intention était là). De plus, le projet de loi "LSI", rédigé sous l'ère Jospin, devait aboutir à une des premières lois sur Internet, mais a été supplantée par la LEN.

En matière d'intermédiaires sur Internet, la directive, très fortement inspirée du droit américain, a posé le principe suivant:

- "l'éditeur" est responsable du contenu (texte, etc...) du contenant (site, serveur, etc...) qu'il gère,
- "l'intermédiaire technique" n'est pas responsable du contenu qu'il héberge ou traite ou transporte, sauf si un tiers lui notifie valablement. La raison de cette irresponsabilité de principe est qu'un intermédiaire ne peut pas tout surveiller et tout vérifier.

C'est donc ce texte qui a permis aux juges français de légaliser l'activité de recherche et des moteurs de recherche sur Internet, aucun autre texte préalable ne traitant clairement le sujet. A partir du jour de la promulgation de la LEN, tous les moteurs de recherche de France et de Navarre se sont réfugiés, systématiquement, derrière le statut d'intermédiaire.

Plusieurs articles précédents de la Lettre Recherche & Référencement ont souligné à quel point la notion d'intermédiaire technique et l'application de cette loi est difficile et amène des décisions extrêmement disparates tant en France, qu'entre les pays de l'Union (où la France et l'Allemagne semblent appliquer de manière différente de l'Espagne, la Belgique ou encore l'Italie).

Ce régime "commun" des moteurs de recherche ayant été dégagé, le droit plus classique s'est appliqué à la recherche, aux premiers rangs desquels la lutte contre la contrefaçon et les données personnelles.

Propriété intellectuelle

La violation de la propriété intellectuelle par les moteurs de recherche (qui reproduisent, par définition, le titre et parfois des images des sites qu'ils référencent naturellement) a été rejetée. Ainsi, dans une affaire espagnole, la cour d'appel de Barcelone a eu à apprécier la légalité de l'activité de recherche naturelle et de cache au regard du droit de la propriété intellectuelle (*Juzgado Mercantil nº5 Barcelona – Aleix Pedragosa Llauro c/ Google Spain – 17 septembre 2008 – inédit – sur demande, en espagnol*). Cette décision, certes catalane, est aisément transposable en droit français dans la mesure où la loi espagnole sur la propriété intellectuelle est, notamment du fait des Directives européennes, proche du droit français de la propriété intellectuelle. Dans cette affaire Megakini / Google, les juges espagnols ont rapidement justifié la reproduction du texte dans les résultats de recherche naturelle en soulignant le caractère peu significatif et éphémère de l'usage de ce texte.

Pour ce qui concerne la reproduction du site en cache, les juges ont souligné qu'il existe des exceptions à l'absolutisme de la propriété intellectuelle (par ex., en droit français, la courte citation ou encore la parodie). Or, les juges relèvent à juste titre que les créateurs et éditeurs de sites Internet connaissent parfaitement le mécanisme des moteurs de recherche (et peuvent insérer un fichier robots.txt ou une balise meta "robots" dans le code source de leur page, s'ils ne veulent pas que les robots indexent leurs sites). De plus, la Cour d'appel de Barcelone a souligné que la mise en ligne d'un site implique la volonté de la part des créateurs du site que des internautes y accèdent, notamment par les résultats de recherche naturelle à partir d'un moteur de recherche.

Cette décision est logique et juste. En droit français, il est probable que les mêmes raisonnements peuvent être adoptés par un juge français.

En revanche, pour ce qui concerne les liens sponsorisés, les moteurs (à commencer par Google) sont souvent condamnés pour violation des droits de marque d'autrui. S'il est possible de dégager un courant constant de jurisprudence au bout de quelques années, l'on pourrait alors globalement indiquer que les Tribunaux jugent régulièrement que la vente des mots-clés constituant des marques est un acte de contrefaçon. La mise à disposition de marques en tant que mots-clés pouvant être réservés ainsi que la juxtaposition à certains termes (par exemple, au terme "fake" pour Louis Vuitton : CA Paris, Louis Vuitton c/ Google, 28 juin 2006) ont été autant d'éléments qui ont permis à de nombreuses reprises aux juges de condamner Google sur ce fondement.

Toutefois, la jurisprudence plus récente semble assouplir sa position en exigeant certaines conditions ou omissions de la part des prestataires pour mettre en œuvre leur responsabilité. Au demeurant, il est à noter, également, que le Forum des droits sur Internet avait recommandé aux prestataires de liens sponsorisés, en juillet 2005, de "*suspendre l'utilisation des mots-clés litigieux dans les meilleurs délais lorsqu'ils ont connaissance du fait que cette situation porte atteinte aux droits d'un tiers suite à une réclamation complète et motivée effectuée par le titulaire des droits*" (<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=919>).

Pour ce qui concerne Google, il convient de relever que cette société a mis en place une procédure précise (celle-ci étant, il est vrai, en anglais) qui permet à un titulaire de marques de notifier une éventuelle mauvaise utilisation (voire contrefaçon) de sa marque (Accessible à l'adresse : https://services.google.com/inquiry/aw_tmcomplaint).

Données personnelles

Nous avons déjà observé que le droit des données personnelles (la loi "Informatique et Libertés" en France et la Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données pour l'Union européenne) s'applique à la recherche naturelle (lettre Recherche & Référencement, Septembre 2007). En effet, le traitement d'adresses IP relève de la directive dès lors que les adresses IP sont des données personnelles. D'ailleurs, c'est tellement vrai que chaque réunion du Groupe de l'Article 29 (réunissant les autorités nationales compétentes en

matière de données personnelles) comprend désormais un chapitre sur les moteurs de recherche.

Il est vrai toutefois que l'application de la législation sur les données personnelles est plus récente et qu'il est nouveau de voir des demandes de déréférencement sur le fondement de cette législation.

Par exemple, dans une affaire traitée en référé, Yahoo! s'est vue reprochée de la part d'une personne, Mademoiselle J.N., l'indexation par son moteur de recherche naturelle, de sites pornographiques associés à son nom, diffusant notamment des photos de Mademoiselle J.N. dénudée (*Tribunal de Grande Instance Paris, référé, 17 avril 2008, inédit*). Le nouveau juge parisien a souligné que le traitement de nom et prénom entrainé dans le champ d'application de cette loi et que donc, Yahoo! était dans l'obligation de respecter les devoirs d'un responsable du traitement, à savoir accéder à la demande de suppression de traitement de données personnelles.

D'un point de vue théorique, au titre de l'article 38 de la loi "Informatique et Libertés", "*toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement*".

D'un point de vue pratique, toute personne pourrait donc demander à un moteur de recherche la suppression de l'indexation de site se rapportant à elle. Toutefois, ces personnes devront prouver le motif légitime fondant une telle demande.

Or, la particularité des moteurs de recherche consiste dans le fait que leurs robots indexent régulièrement les sites concernés. En pratique, de telles demandes ne visent donc pas la désindexation, mais le blacklisting de ces sites, puisqu'en cas de désindexation, le robot les réindexera quelques jours ou semaines après. Or, nous avons déjà étudié à quel point le blacklisting est compliqué en droit français et suppose de nombreuses précautions (*Lettre Recherche & Référencement, Juin 2008*).

2. Les perspectives juridiques

Malgré de nombreuses "demandes" de la part d'entreprises, Jörgen Holmquist, directeur général de la direction générale Marché intérieur et services de la Commission européenne, a refusé catégoriquement de modifier la moindre ligne de la directive commerce électronique: "*La commission européenne ne juge pas utile et nécessaire de procéder à une révision de la Directive Commerce Électronique.*" (<http://www.pcinpact.com/actu/news/46090-responsabilite-LCEN-directive-hebergeur-edit.htm>).

Le futur proche ne connaîtra pas de modification de la directive. C'est ainsi aux juges d'appliquer et surtout d'adapter la directive et chaque loi nationale aux évolutions technologique à venir.

Après quelques hésitations, les juges français ont compris rapidement le concept d'agrégateur ou encore de flux RSS (*Lettre Recherche & Référencement, Février 2008*). Aucune intervention législative n'a été nécessaire pour régir ces nouvelles activités.

L'histoire prouve qu'il est donc possible de faire confiance aux juges pour adapter le droit aux nouvelles technologies et activités sur le Net.

Pourtant, les intérêts souvent contradictoires entre les protagonistes risquent de compliquer le dégagement d'une ligne claire, d'une jurisprudence constante. Le droit n'étant qu'un compromis d'une société à un moment donné, il est important aujourd'hui que les acteurs du référencement et de la recherche coordonnent leurs besoins et demandes, afin de pouvoir proposer au législateur (pas européen manifestement) et aux juges, une ligne de conduite claire.

Toutefois, il faut souligner que certains intérêts communs sont aujourd'hui extrêmement défendus par les députés et juges : la lutte contre la pédophilie, le racisme et la contrefaçon.

Ces trois combats primeront sur les intérêts économiques. Il faut donc que les acteurs intègrent ces éléments dans leurs réflexions.

Mais, c'est surtout le respect du consommateur et la moralisation des pratiques permettra toujours de faire découvrir de manière positive à un juge une nouvelle activité. Et surtout de la rendre pérenne grâce au succès commercial...

Alexandre Diehl

Avocat à la Cour

alexandre.diehl@lawint.com

Réagissez à cet article sur le blog des abonnés d'Abondance :

<http://abonnes.abondance.com/blogpro/2009/01/15-ans-de-rfrencement-15-ans.html>