

## Qui décide du déréférencement d'un contenu ?

[Retour au sommaire de la lettre](#)

<b>Domaine :</b>	<b>Recherche</b>	<b>Référencement</b>
<b>Niveau :</b>	<b>Pour tous</b>	Avancé

*La Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique (LEN) prévoit que toute personne intéressée peut demander à un moteur de recherche le déréférencement d'un contenu « illicite ». Mais qui peut déterminer ce qui est illicite ou pas ? Un moteur est-il juge ou suffisamment compétent en droit pour trancher ? Est-ce son rôle ? Après certains errements, la jurisprudence semble plus précise sur le rôle de chacun dans de tels cas...*

### Rappel des obligations des moteurs de recherche

Les moteurs de recherche n'ont aucune obligation de surveiller les contenus qu'ils référencent (même s'ils doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance des données relatives à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantine).

Toutefois, les moteurs ont d'autres obligations dont une partie substantielle est synthétisée à l'article 6 de la loi pour la confiance en l'économie numérique (la LEN) :

- Les moteurs « **ne peuvent pas voir leur responsabilité civile [et/ou pénale] engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.**

- **La connaissance des faits litigieux est présumée acquise lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :**

- \* la date de la notification ;
- \* si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- \* les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- \* la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- \* les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- \* la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

- L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à [tout moteur], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

- Le fait, pour toute personne, de présenter aux [moteurs] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

Le conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 10 juin 2004 que le non retrait ne peut engager la responsabilité de l'hébergeur que si le contenu présente un caractère manifestement illicite ou si son retrait a été ordonné par un juge.

En d'autres termes, les moteurs ont l'obligation de supprimer un contenu « manifestement illicite » (y compris un lien URL), de déréférencer un site/contenu, dès lors qu'une personne établit que ce site / contenu est « manifestement illicite » et fournit les informations réclamées par la loi. Le moteur est protégé par celle-ci car toute demande farfelue ou illégitime est condamnée d'un an de prison et de 15 000 € d'amende.

## **La définition du caractère « manifestement illicite » d'un contenu**

Si le moteur ne peut pas déterminer le caractère illicite d'un contenu, deux positions se confrontent : soit le moteur doit retirer le contenu en attendant ce que dit le juge, soit le moteur laisse le contenu en ligne en attendant ce que dit le juge.

Deux questions différentes se posent donc.

### **Doit-on attendre la décision d'un juge ?**

La démocratie repose, notamment, sur le fait qu'il n'existe qu'une seule juridiction qui dit le droit et le fait respecter : la Justice. En pratique, cela induit que, logiquement, un moteur de recherche qui reçoit une demande de retrait d'un contenu sous prétexte qu'il est illicite n'a pas le droit de le déréférencer tant qu'un juge n'a pas établi qu'effectivement le contenu est illicite. D'ailleurs, dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2013, la Cour a précisé de manière générale que l'intermédiaire ne doit pas attendre de décision de justice pour supprimer le contenu s'il a eu effectivement connaissance de son caractère illicite.

Toutefois, dans le monde d'aujourd'hui et encore plus dans notre monde, attendre la décision d'un juge (qui peut prendre des mois, mais, avec un bon avocat, on peut avoir une décision en quelques jours) relève de l'éternité. De plus, de nos jours, un contenu est repliqué en quelques instants ce qui rend la tâche de déréférencement efficace beaucoup ardue. Dès lors, cette proposition ressemble plus à un abandon du principe posé par la loi.

Or, c'est pourtant ce que la jurisprudence a décidé, en application du principe démocratique du monopole de la Justice en termes de droit.

Ainsi, dans un conflit opposant H&M à Google / Youtube (où Google avait laissé en ligne une vidéo contrefaisant grossièrement et de manière diffamatoire la marque), le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 4 avril 2013 (même jour que l'arrêt de la Cour d'appel) a rappelé que « *une appréciation du caractère éventuellement diffamatoire des vidéos, photographies et écrits litigieux suppose une analyse des circonstances ayant présidé à leur diffusion, laquelle échappe par principe à celui qui n'est qu'un intermédiaire technique. Cela a pour conséquence que cet intermédiaire ne peut, par le seul fait de cette diffusion ou du maintien en ligne, être considéré comme ayant eu un comportement fautif étant précisé en outre que diffamation, à la supposer constituée, n'égalé pas forcément trouble manifestement illicite* ».

Toutefois, si dans le cadre du procès H&M / Google il peut être discuté que les juristes de Google ne sont pas assez doués (alors qu'ils sont pourtant très compétents) pour déterminer si un contenu est diffamant ou pas, il nous semble que d'autres cas ne peuvent pas souffrir d'un tel débat.

A ce titre, il convient de rappeler que lorsque la loi de 2004 sur l'économie numérique a été votée, le législateur était déjà dans une perspective claire de lutte acharnée contre le négationisme, certaines formes d'intolérance (contre l'antisémitisme, racisme et homophobie), ainsi que contre la contrefaçon, les jeux d'argent illicite et la pornographie infantile. Au demeurant, le 7° de l'article 6-I de la LEN prévoit des peines de prison supplémentaires et des obligations spécifiques à la charge des intermédiaires, dont les moteurs de recherche pour ce qui concerne ces délits.

Nous soutenons donc que, dès lors qu'un contenu entre dans ces cas particuliers, le moteur de recherche ne doit pas attendre la décision d'un juge et doit immédiatement agir et déréférencer le contenu en question.

Mais, l'on pourrait objecter que cela ne fait que repousser le problème : qui détermine si le contenu relève de cette sordide liste ? C'est là qu'intervient le terme du conseil constitutionnel : « manifestement ». La cour de cassation n'hésite pas à préciser sur son site Internet que ce caractère « manifestement illicite » « doit sauter aux yeux que le comportement du défendeur est contraire à la loi, au règlement, à la convention... ». Il y a près de 10 ans, dans une affaire retentissante (Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin et France Télécom, 15 novembre 2004), le Tribunal de grande instance de Paris a précisé que le caractère manifestement illicite « ne peut être la conséquence que d'un manquement délibéré à une disposition de droit positif, explicite et dénuée d'ambiguïté ». C'est d'ailleurs uniquement dans ce sens qu'il faut lire la décision de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2013 : dès lors qu'on est absolument certain, alors il faut mettre hors ligne.

Ainsi, il pourrait être soutenu que c'est l'objectivité ou la subjectivité du caractère illicite d'un contenu, tel qu'établi par la loi (et la liste des crimes et délits qu'il convient de combattre avant tout) qui déterminera si oui ou non le moteur peut prendre seul la décision. Nous pensons que tout contenu qui est évidemment et objectivement contraire à la loi pénale et *a fortiori* des délits relevés par le 7° de l'article 6-I de la LEN doit être immédiatement mis hors ligne sans attendre le juge.

### **Lorsqu'on attend la décision du juge, doit-on laisser le contenu en ligne ?**

La logique pure de nos précédents propos devraient nous conduire à conclure qu'en attendant une décision d'un juge (pour un contenu qui ne serait donc pas manifestement contraire à la loi pénale), il convient de laisser le contenu en ligne.

Cette position serait d'ailleurs logique avec le principe constitutionnel de liberté d'expression (garanti notamment par les Droits de l'Homme et du Citoyen).

Or, d'une part, l'article 6-I précise que « - *Le fait, pour toute personne, de présenter aux [moteurs] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* », ce qui sous-tend que le moteur doit retirer le contenu dans le doute et est protégé en tant que tel.

D'autre part, le législateur a bien entendu prévu les cas (nombreux en fait) où l'intermédiaire technique ne dispose pas d'une direction juridique pléthorique et ne peut pas se permettre de prendre des décisions qui restent avant tout juridiques.

Enfin, dans l'affaire H&M c/ Google/YouTube, le Président du Tribunal de Grande Instance a également demandé la mise hors ligne des contenus, alors qu'il a lui-même précisé qu'il n'était pas en mesure de déterminer si le contenu était diffamatoire : « *en revanche, il apparaît que le maintien des contenus litigieux en ligne serait de nature à causer aux sociétés H&M un préjudice qu'il convient d'éviter, du moins tant que leur auteur n'a pas été identifié ni mis en mesure de s'expliquer* ».

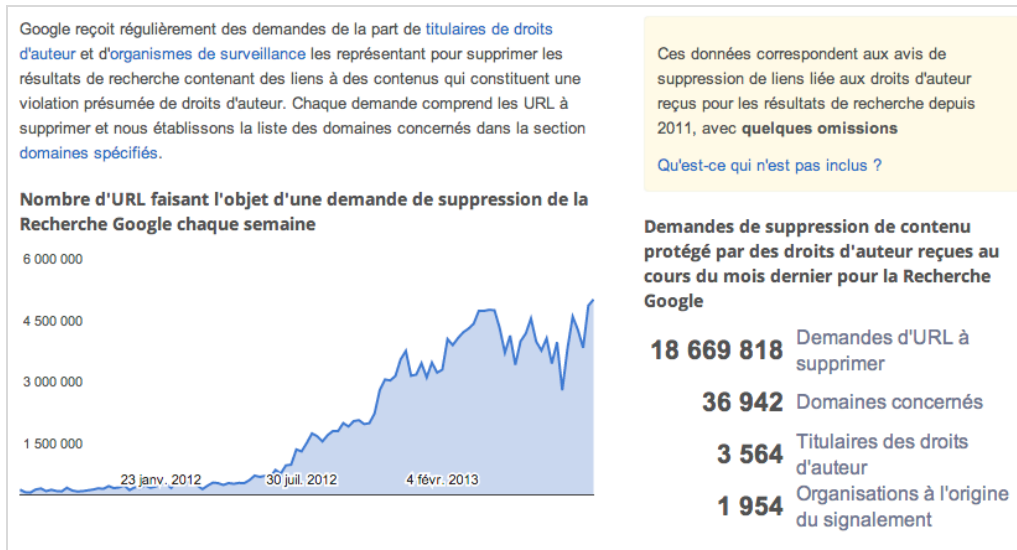
Pourtant, il existe de nombreuses procédures de la part de personnes ayant vu leur contenu retiré ou mis hors ligne et contestant le caractère illicite de ce contenu. Ces personnes reprochent en réalité une sorte de « présomption d'illicéité » de leur contenu, principe totalement contraire à la présomption d'innocence...

Finalement, quoiqu'un moteur de recherche décide en termes de retrait ou non du contenu il est probable qu'une partie soit mécontente et cherche une réparation devant un tribunal...

## **La pratique des moteurs**

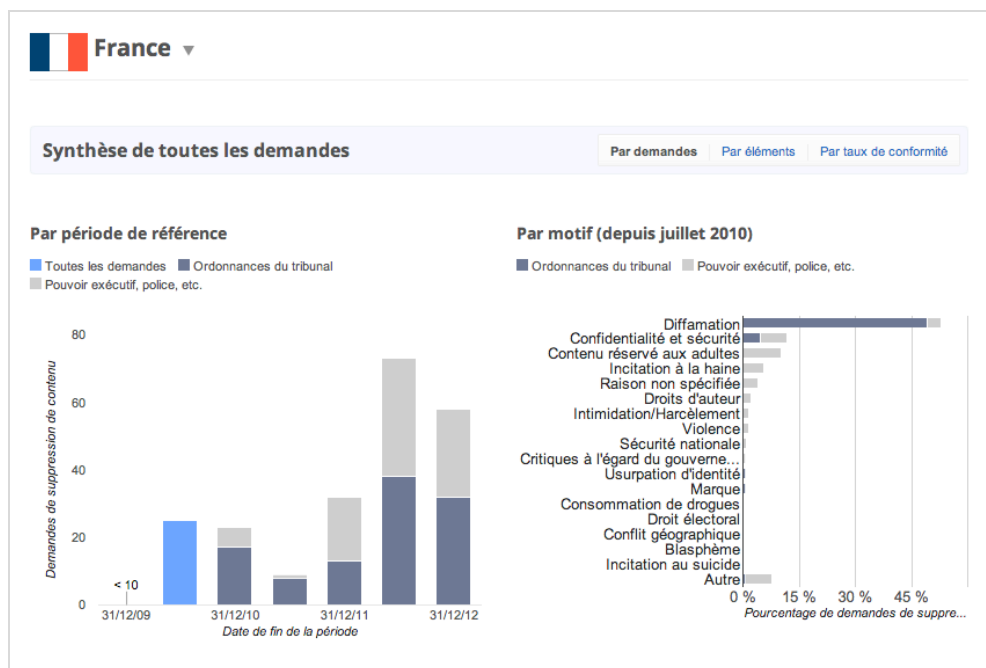
C'est dans ce contexte qu'il est intéressant de voir les politiques des moteurs en termes de demandes de déréférencement. Dans le cadre de la Lettre du mois de Juin 2012 (<http://recherche-referencement.abondance.com/2012/06/deferencement-de-contenus-pourquoi.html>), nous avons déjà établi que de nombreux moteurs avaient adopté la position (très américaine) d'attendre une décision de justice pour mettre hors ligne un contenu.

Le moteur Google a d'autre part publié son "Transparency Report" (<http://www.google.com/transparencyreport/?hl=fr>) sur les suppressions de liens sollicités par des tiers. Ce rapport montre que plusieurs millions de demandes de suppression d'URL ont été déposées au cours du mois dernier.



(source : <http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/>)

Pour ce qui concerne plus spécifiquement les demandes relatives notamment à la diffamation, il convient de relever que celles qui sont mises en œuvre par Google le sont dans le prolongement d'une ordonnance d'un tribunal.



(source :

<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/FR/?p=2011-06>)

Dans ce cadre, l'éclaircissement de la règle vraiment applicable reste souhaitable. *In fine*, c'est aujourd'hui les moteurs qui déterminent plus ou moins ce qu'ils veulent faire. Et la tendance est plutôt de retirer tout contenu ouvertement négationiste, antisémite, raciste, homophobe, contrefaisant ou relevant des jeux d'argent illicite ou la pornographie infantile, mais d'attendre qu'un juge leur donne injonction de retirer tout autre type de contenu. Le législateur ne semble pas enclin à vouloir procéder à cette explication et la jurisprudence reste très prudente. Il faudra donc très probablement et malheureusement encore quelques batailles judiciaires pour que les juges français établissent une vraie ligne directrice...

**Alexandre Diehl**

Avocat à la Cour, cabinet Lawint (<http://www.lawint.com/>)