

La responsabilité civile des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens en droit québécois

Nicolas W. VERMEYS¹

Les lois de la société numérique : Responsables et responsabilités

Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique
(CRDP /CECOJI)

Montréal, 7 octobre 2004.

Lex Electronica, vol. 10, n°1, Hiver 2005

<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/vermeys.htm>

INTRODUCTION.....	1
I. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ CIVILE RÉSERVÉ AUX PRESTATEURS DE MOTEURS DE RECHERCHES ET AUX FOURNISSEURS D'HYPERLIENS EN VERTU DE LA LOI CONCERNANT LE CADRE JURIDIQUES DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION	2
II. LES AGISSEMENTS EN VERTU DESQUELS LE PRESTATEUR D'UN MOTEUR DE RECHERCHES OU LE FOURNISSEUR D'HYPERLIENS POURRAIT POTENTIELLEMENT VOIR SA RESPONSABILITÉ CIVILE ENGAGÉE.....	8
1. LES VIRUS INFORMATIQUES.....	8
2. LA DIFFAMATION	8
3. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	10
CONCLUSION.....	11

Introduction

Il est aujourd'hui pratiquement cliché de traiter des bouleversements juridiques entraînés par l'arrivée d'Internet. Il demeure pourtant que le Web nous a forcé à circonscrire, voire même à redéfinir certaines de nos institutions juridiques, lesquelles devaient et, dans certains cas, doivent toujours s'adapter à de nouvelles problématiques difficilement envisageables.

Cette réalité s'est notamment fait ressentir dans le domaine de la responsabilité civile où la multiplication des acteurs a ouvert la porte à la poursuite d'intermédiaires qui, bien que facilitant la commission de l'acte préjudiciable, n'y prennent souvent nullement part. L'une de ces catégories d'intermédiaires, à savoir les prestataires de moteurs de recherches et les fournisseurs d'hyperliens, fait l'objet du présent exposé. En effet, avec maintenant près de dix ans de recul depuis la commercialisation d'Internet, il est intéressant de constater comment l'appareil judiciaire a su interpréter le rôle de ces

¹ Avocat chez Legault Joly Thiffault S.E.N.C., Doctorant aux Universités de Poitiers et Montréal. Les opinions de l'auteur lui sont propres et ne reflètent pas nécessairement celles des avocats de chez Legault Joly Thiffault S.E.N.C.

intermédiaires et comment il s'y est pris pour réglementer leurs agissements et limiter leur responsabilité.

Alors que certains états, tels la France ont laissé à la jurisprudence le soin de qualifier le rôle et la responsabilité des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens², le législateur québécois a cru plus sage de procéder par voie législative et d'ainsi régler la problématique avant qu'elle ne se présente devant les tribunaux³. Il sera donc question, dans les pages qui suivent, d'évaluer l'effort législatif québécois en matière de moteurs de recherches en étudiant le régime de responsabilité civile réservé aux prestataires de moteurs de recherches et aux fournisseurs d'hyperliens en vertu de la *Loi concernant le cadre juridiques des technologies de l'information*, pour ensuite envisager les agissements en vertu desquels de tels individus pourraient potentiellement voir leur responsabilité civile engagée.

I. Le régime de responsabilité civile réservé aux prestataires de moteurs de recherches et aux fournisseurs d'hyperliens en vertu de la *Loi concernant le cadre juridiques des technologies de l'information*

Le régime de responsabilité civile réservé aux prestataires de moteurs de recherches et aux fournisseurs d'hyperliens en droit québécois est principalement régit par le troisième alinéa de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁴, lequel précise que :

De même, le prestataire qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de référence à des documents technologiques, dont un index, des hyperliens, des répertoires ou des outils de recherche, n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services. Toutefois, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité.

À première vue, cette disposition semble cohérente avec la position adoptée ailleurs, notamment en France, où l'obligation des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens consiste en la « suppression de la référence au site dès lors qu'elle n'a pu qu'avoir eu connaissance du caractère manifestement illicite de son contenu »⁵. Pourtant, bien que ce soit là l'interprétation que l'on veuille adopter quant à cette disposition de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, il demeure que, selon une analyse grammaticale et sémantique de l'article 22, le législateur ne semble pas avoir expressément choisi cette avenue.

² Voir notamment les affaires *Lorie c/ Wanadoo*, *Delanöe c/ Altavista*, *Lacoste c/ Multimania* et *Matelsom c/ Altavista*.

³ Il n'y existe effectivement, à ce jour, aucune décision jurisprudentielle québécoise traitant de la responsabilité de ces intermédiaires.

⁴ L.R.Q., c. C-1.1

⁵ TGI Paris, référé, 12 mai 2003, *Lorie c/ M. G.S. et SA Wanadoo Portails*.

Soulignons d'abord que l'alinéa 3 de l'article 22 de la Loi précise que le prestataire d'un moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens « n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ses services », affirmation nous semblant bien heureuse.

En effet, il nous faut nous questionner sur l'identité des individus accomplissant des activités au moyen des services de ces intermédiaires.

Prenons d'abord le gestionnaire d'un site dont le contenu est jugé illicite. Peut-on considérer que cet individu accompli ses activités au moyen des services des prestataires de moteurs de recherches ou des fournisseurs d'hyperliens? La réponse à cette question se doit d'être négative. En effet, si l'on considère la fonction des moteurs de recherches les mieux connus où le référencement des sites est fait sans le consentement de leurs gestionnaires et, dans bien des cas, à leur insu, il est possible de faire un certain parallèle entre ces outils et les pages blanches d'un annuaire téléphonique. Or, peut-on prétendre que l'entreprise dont le numéro de téléphone se retrouve dans l'annuaire téléphonique effectue ses activités au moyen de cet annuaire?

Qui plus est, en acceptant la définition courante de l'expression « au moyen de », à savoir « à l'aide de » ou « grâce à »⁶, l'on réalise que les gestionnaires de sites au contenu illicite ne sont pas les individus visés par cette disposition. En effet, un site affichant un contenu illicite ne l'affiche pas au moyen de l'outil qui permet à un tiers de trouver son emplacement sur le Web. Le contenu est déjà affiché et l'acte illicite donc déjà accompli.

En fait, le seul individu pouvant être logiquement visé par l'expression « activités accomplies au moyen de ses services » est l'utilisateur qui demande d'avoir accès à un site dont le contenu est illicite. Afin de mieux illustrer nos propos, prenons l'exemple suivant :

⁶ Dictionnaire le Petit Robert.

Le site A.com est un site de pornographie juvénile, contenu dont l'illicéité est indiscutable en vertu de l'article 163.1⁷ du Code criminel⁸ (C.cr.). Ainsi, le seul fait d'être propriétaire de A.com et de permettre à des tiers d'y avoir accès constitue une activité illicite, même civilement, tout délit pénal constituant également un délit civil. Cette activité illicite n'est pourtant pas effectuée au moyen d'un moteur de recherche, elle existe en elle-même sans la participation de Google, Yahoo! ou tout autre moteur. Cependant, celui qui, contrairement à l'article 163.1(4.1) C.cr., accède à A.com – l'accès à un tel contenu étant également prohibé en vertu de cette disposition – en effectuant une recherche dans Google, commet une activité illicite grâce au moteur de recherche puisqu'il n'aurait probablement jamais trouvé A.com sans l'aide de celui-ci.

Or, dans la mesure où il demeure techniquement impossible d'empêcher un utilisateur d'avoir accès à Google ou tout autre moteur de recherche, l'on voit mal comment l'on pourrait responsabiliser le prestataire dudit moteur de recherches pour ne pas avoir

⁷ **163.1** (1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas :

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

(2) Quiconque produit, imprime ou publie, ou a en sa possession en vue de la publication, de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Quiconque transmet, rend accessible, distribue, vend, importe ou exporte de la pornographie juvénile ou en a en sa possession en vue de la transmettre, de la rendre accessible, de la distribuer, de la vendre ou de l'exporter, est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(4) Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(4.1) Quiconque accède à de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(4.2) Pour l'application du paragraphe (4.1), accède à de la pornographie juvénile quiconque, sciemment, agit de manière à en regarder ou fait en sorte que lui en soit transmise.

(5) Le fait pour l'accusé de croire qu'une personne figurant dans une représentation qui constituerait de la pornographie juvénile était âgée d'au moins dix-huit ans ou était présentée comme telle ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée sous le régime du paragraphe (2) que s'il a pris toutes les mesures raisonnables, d'une part, pour s'assurer qu'elle avait bien cet âge et, d'autre part, pour veiller à ce qu'elle ne soit pas présentée comme une personne de moins de dix-huit ans.

(6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3), (4) ou (4.1), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

(7) Les paragraphes 163(3) à (5) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une infraction visée aux paragraphes (2), (3), (4) ou (4.1).

⁸ L.R. 1985, ch. C-46.

empêché l'accès. En effet, bien que ledit prestataire pourrait tenter de bloquer l'adresse IP de l'individu fautif, ce dernier n'aurait alors qu'à utiliser l'ordinateur d'un tiers, sans compter le fait que plusieurs utilisateurs ont toujours une adresse rotative.

La solution du législateur sur cette question est donc souhaitable puisque logique et pragmatique.

Cette logique ne tient toutefois pas pour l'entièreté de la disposition, ce qui est à la fois désolant et incompréhensible. En effet, la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, il est utile de le rappeler, engage la responsabilité du prestataire d'un moteur de recherches ou du fournisseur d'hyperliens s'il « a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité. » (nos soulignés). Pour reprendre notre exemple, il découlerait donc de cette phrase que Google a l'obligation juridique de cesser de fournir ses services à toute personne qui tente d'accéder à A.com dès qu'il en est avisé, obligation que, tel que nous l'avons constaté, il lui est impossible de respecter de par l'état actuel de la technologie.

Bien sûr, en bloquant l'accès à A.com, le résultat escompté est atteint : notre internaute est incapable de consulter le site illicite. Pourtant, il a toujours accès au moteur de recherche, malgré ce qui est prévue à l'article 22 de la Loi.

Qu'en est-il maintenant de l'obligation mise de l'avant par les tribunaux français à l'effet de supprimer la référence au site dès lors qu'elle n'a pu qu'avoir eu connaissance du caractère manifestement illicite de son contenu ? Une telle obligation existe-t-elle en vertu de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ?

Afin de tenter de répondre à cette question, prenons maintenant l'exemple de la diffamation. Supposons que A.com diffuse plutôt une lettre diffamatoire à l'égard de B sur l'une des nombreuses pages de son site, le fait d'exposer un tel contenu étant illicite en vertu, notamment, de l'article 3 du Code civil du Québec⁹. Cependant, contrairement à l'exemple de la pornographie juvénile, il n'est indiqué nulle part dans la législation québécoise qu'un tiers ne peut prendre connaissance d'un contenu jugé diffamatoire. Or, puisqu'il n'est pas illicite de prendre connaissance dudit contenu, ne pourrait-on pas prétendre qu'il n'y a alors aucune façon, selon ce que nous avons déjà invoqué, d'imposer au prestataire l'obligation de retirer le lien au site dont le contenu est illicite.

Heureusement, la dernière phrase de l'article, si interprétée largement, vient quelque peu contrecarrer cette argumentation. En effet, il serait possible de prétendre que l'outil de recherche sert à la diffusion du contenu illicite en y facilitant l'accès. Dans la mesure où l'adresse d'un site n'est aucunement publicisée autrement que par le « bouche à oreille », l'on pourrait prétendre que le moteur de recherche qui répertorie ce site est le seul moyen d'y accéder pour ainsi consulter l'information illicite. Est-ce que l'on peut alors prétendre que l'outil de recherche « sert » à la réalisation d'une activité à caractère illicite ? Il

⁹ 3. Toute personne est titulaire des droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'invulnérabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. [...]

facilite nécessairement la réalisation de cette activité, mais y sert-il au même titre, par exemple, que l'hébergeur?

Sortons du contexte d'Internet pour nous rediriger vers un médium mieux maîtrisé, la télévision. Si A produit un documentaire dont le contenu est diffamatoire à l'égard de B et que Radio-Canada décide de diffuser l'émission en question, il n'y a aucun doute que Radio-Canada a servi à la réalisation de l'activité illicite. Mais peut-on prétendre que le TV Hebdo y sert également en annonçant dans ses pages que l'émission sera diffusée de six heures à sept heures le samedi matin? Pourtant c'est ce que fait le moteur de recherche, il indique que l'information recherchée se situe à l'adresse X, la question demeure donc : sert-il à diffuser le contenu illicite d'un site?

Encore une fois, une interprétation large de l'article de loi permet possiblement une réponse positive à cette interrogation, alors qu'une interprétation restreinte n'y voit aucun lien véritable, d'autant plus que le fait de répertorier un site n'implique pas nécessairement le fait de diriger un lecteur vers le contenu illicite, mais bien vers le site contenant certaines informations à caractère illicite. La distinction est non négligeable...

Si l'on considère les dernières lignes de l'article 22, lesquelles déterminent l'obligation effective du prestataire d'un moteur de recherche ou du fournisseur d'hyperliens, il semble heureusement que l'interprétation large du terme « sert » est celle ayant été favorisée par le législateur puisque, nous l'avons vu, cette obligation consiste à cesser « promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées » dans une activité illicite. Or, dans le cas de la diffamation, la seule personne pouvant être engagée dans une activité à caractère illicite est celle qui a affiché le contenu diffamatoire. C'est donc à cette personne qu'un prestataire devrait cesser de fournir ses services si l'on désire donner une quelconque effectivité au texte de loi.

Mais « cesser de fournir ses services à une personne » est une obligation beaucoup plus large et contraignante que de « supprimer la référence à un site ». Supposons que monsieur X est gestionnaire de trois sites distincts, l'un d'eux ayant un contenu illicite. En vertu du droit français, le prestataire n'aurait qu'à éliminer son lien vers le site litigieux pour éviter toute forme de responsabilité. En vertu du droit québécois, selon une application littérale du texte de loi, le prestataire devra cesser de référencer les trois sites de monsieur X. Dans le cas contraire, il continuerait à fournir ses services à ce dernier et serait donc responsable des dommages causés par le site bloqué ! Il s'agit là d'un illogisme qui s'avère pourtant en tout point conforme à la lettre de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

Il serait donc souhaitable, à la lecture de ce qui précède, que le législateur reformule cette disposition afin de mieux refléter son intention laquelle, selon nous, se rapproche probablement beaucoup plus de la position française que de la lettre du texte de loi actuel.

En supposant que les tribunaux se permettront une certaine latitude afin d'interpréter l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* comme obligeant uniquement de cesser le référencement d'un site au contenu illicite, un second problème fait cependant surface, soit celui de l'obligation, pour le prestataire d'un moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens, de cesser de fournir ses services dès qu'il a connaissance du fait que lesdits services servent à la réalisation d'une activité illicite. Dans les faits cette obligation consisterait, sous réserve de ce qui est indiqué ci-

haut, à cesser de répertorier le site dont le contenu est illicite. Reste donc à déterminer qui doit décider du caractère illicite dudit contenu?

Il importe d'abord de souligner que la rédaction de l'article 22 semble plus contraignante pour le plaignant que la notion du « notice and takedown » américaine, laquelle impose le retrait d'une référence dès réception d'une plainte d'illicéité¹⁰. Or, pour que le prestataire d'un moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens soit contraint de retirer un lien en droit québécois, il doit avoir connaissance de l'illicéité du contenu du site répertorié. La problématique devient donc celle d'établir quand le prestataire a effectivement connaissance de l'illicéité dudit contenu. Selon Pierre Trudel :

« Dans les situations où le caractère illicite du document ne saute pas aux yeux, le prestataire doit se doter d'un avis juridique indépendant confirmant le caractère illicite du document qui est l'objet de la plainte. Une fois cette confirmation (que l'intermédiaire doit requérir avec diligence) obtenue, il doit retirer le document. Cependant, si selon l'avis indépendant, la plainte apparaît insuffisamment fondée, il doit refuser de retirer le matériel [...] »¹¹.

Ce serait donc à l'avocat du prestataire de moteur de recherches ou du fournisseur d'hyperliens que revient l'autorité de décider de la licéité du contenu d'un site. Bien que la solution proposée par le professeur Trudel nous semble raisonnable d'un point de vue pratique, il est à se demander si, en tant qu'avocats, nous avons l'autorité d'affirmer qu'un contenu est illicite. En vertu de notre système juridique, ne revient-il pas au juge d'établir la licéité ou l'illicéité d'un contenu? En effet, en accordant au terme « licite » son sens courant, soit « ce qui n'est pas défendu par la loi »¹², seul le tribunal a l'autorité requise pour rendre jugement à cet effet. Si l'on retient cette avenue, le prestataire de moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens devrait donc attendre la réception d'un jugement constatant l'illicéité du contenu avant d'agir.

Bien sûr, dans la mesure où le prestataire de moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens n'est pas contractuellement obligé de référencer un site, il serait préférable pour ce dernier de simplement utiliser son propre jugement et, dans le doute, de retirer le site. En effet, ceci risque de lui éviter bien des ennuis, et ce, sans occasionner de répercussions au sens juridique. À l'inverse, s'il reçoit une quelconque forme de rémunération pour répertorier le site problématique, il lui sera préférable de consulter un avocat et même possiblement d'exiger une injonction lui ordonnant de retirer la référence avant d'agir. Si cette dernière avenue demeure plus risquée quant à sa responsabilité, elle a pour mérite de lui fournir un élément de certitude, d'autant plus qu'un juge risque d'être favorable à l'idée que lui seul est compétent pour établir la licéité d'un contenu... Par ailleurs, elle assure qu'il ne pourra faire l'objet de poursuites de la part de son cocontractant. Bien sûr, pour reprendre les mots du professeur Trudel, cette démarche sera uniquement nécessaire dans « les situations où le caractère illicite du document ne saute pas aux yeux ».

¹⁰ Article 512(d) du Digital Millenium Copyright Act of 1998

¹¹ Pierre TRUDEL, « La responsabilité des acteurs du commerce électronique » dans Vincent GAUTRAIS, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, aux pages 637 et 638.

¹² Dictionnaire le Petit Robert.

II. Les agissements en vertu desquels le prestataire d'un moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens pourrait potentiellement voir sa responsabilité civile engagée

Étant plus familiers avec toutes les subtilités de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, il devient pertinent de se pencher sur les cas particuliers pouvant justifier son application.

1. Les virus informatiques

Il peut sembler surprenant d'aborder la responsabilité relative aux virus informatiques lorsque l'on discute de la responsabilité des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens, les pages Web rédigées en html n'étant pas les vecteurs les plus propices à la diffusion de virus informatiques. Cependant, il importe de souligner qu'il est également possible pour les moteurs de recherches de répertorier des documents Word (.doc), des images ou encore des présentations PowerPoint (.ppt), soit certains des fichiers les plus souvent privilégiés par les pirates informatiques pour diffuser leurs créations malicieuses.

Or, dans ces cas, la problématique énoncée dans la première partie du présent exposé s'avère impertinente puisque le virus est transmis dès l'ouverture du fichier contaminé, lequel est ouvert directement à partir du moteur de recherche, bien qu'il soit hébergé sur le site d'un tiers. Il est donc clair que le moteur de recherche « sert » à la réalisation de l'activité illicite puisqu'il est le véhicule utilisé pour l'infection. Les prestataires de moteurs de recherches et les fournisseurs d'hyperliens permettant l'accès direct à de tels documents engageront donc leur responsabilité dès lors qu'ils en auront connaissance. En effet, dans la mesure où la transmission volontaire d'un virus informatique est criminelle¹³, l'illicéité d'un tel geste ne laisse aucune place à interprétation.

2. La diffamation

Le degré de responsabilité à accorder aux intermédiaires ayant participé à la diffusion de contenus diffamatoires n'est pas une problématique nouvelle propre à Internet. Au contraire, cette problématique hante les éditeurs, bibliothécaires et autres individus liés à l'industrie de l'information depuis des lunes. Ainsi, comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*¹⁴, il existe un :

« [...] moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi dont peuvent parfois se prévaloir librairies, bibliothèques, marchands de journaux et commerçants apparentés qui, de façon générale, n'ont aucune connaissance de la diffamation alléguée, n'ont aucune raison de supposer son existence et n'ont pas fait preuve de négligence en ne la découvrant pas [...] »

Ce moyen de défense, connu sous le vocable anglophone de « defence of innocent dissemination », a été invoqué pour l'une des premières fois devant les tribunaux

¹³ Voir l'article 430(1.1) du Code criminel.

¹⁴ (2004) R.C.S. 45

canadiens dans l'affaire *Vizetelly c. Mudie's Select Library Ltd.*¹⁵. Ainsi, selon la Cour, l'intermédiaire remplissant les trois critères suivants n'est pas responsable :

- L'ignorance de la présence du contenu diffamatoire;
- L'absence d'indice permettant de supposer qu'il y aurait présence de contenu diffamatoire;
- L'ignorance n'est pas le fruit de la négligence.

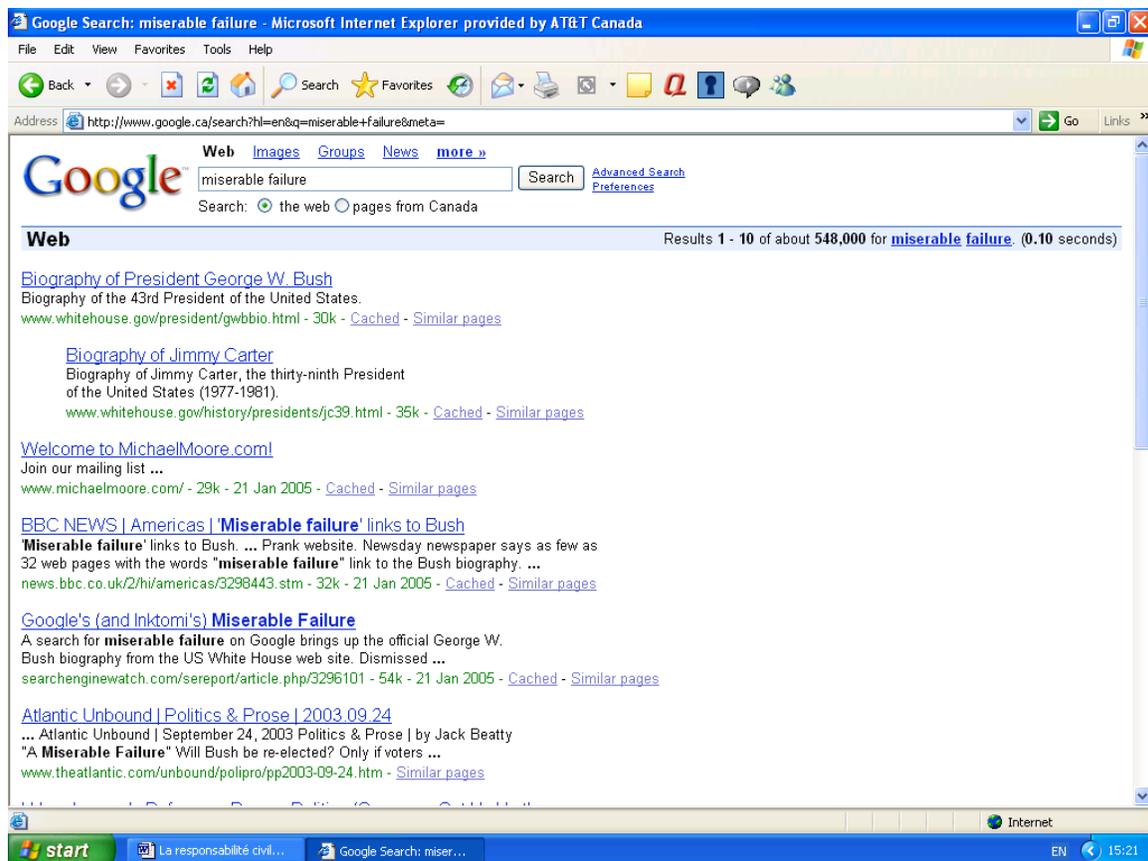
Ainsi, en reprenant ces critères, dès que le prestataire d'un moteur de recherches ou le fournisseur d'hyperliens a connaissance d'un contenu diffamatoire, il devrait prendre les mesures nécessaires pour y limiter l'accès s'il veut limiter sa propre responsabilité. Or, cette procédure concorde parfaitement avec l'intention présumée du législateur quant aux prestataires de moteurs de recherches et aux fournisseurs d'hyperliens selon l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

Qu'en est-il, cependant, lorsque le prestataire d'un moteur de recherches a connaissance du fait que son moteur de recherche sert directement à la diffusion de propos diffamatoires, mais qu'il ne peut, d'un point de vue technologique, y mettre fin.

En effet, depuis plusieurs mois, des internautes ont su manipuler l'outil de recherche de Google pour que l'entrée de certains mots clés mène à des résultats surprenants, baptisés « Google bombs » par les médias américains¹⁶. Par exemple, lorsque l'on entre les mots clés « miserable failure » (échec lamentable) dans le moteur de recherche Google, la première page répertoriée est celle du curriculum vitae du président américain, Georges Bush :

¹⁵ (1900) 2 Q.B. 170

¹⁶ Voir Vern KOPYTOFF, « Google Targeted by Pranksters – Web Site Operators, Bloggers Skew Results », (2004) en ligne sur le site *S F Gate .com*: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2004/01/26/BUG3M4GVDS1.DTL> (dernières modifications: 26 janvier 2004)



Notons que le site répertorié n'est pas un site illicite, il s'agit du véritable site de la Maison blanche et du véritable curriculum vitae du président américain. L'élément diffamatoire se produit donc uniquement au niveau du moteur de recherche qui associe monsieur Bush avec les termes « miserable failure ». Ainsi, il est non seulement possible de prétendre que Google sert à l'acte illicite, mais même, jusqu'à un certain point, qu'il le commet.

Or, si monsieur Bush était québécois et en supposant qu'il puisse établir que l'association aux termes « miserable failure » lui soit diffamatoire, ne pourrait-il pas poursuivre Google en responsabilité civile en invoquant que le moteur de recherche n'a pas respecté les exigences de l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*? En effet, même la « defence of innocent dissemination » ne peut être invoquée dans de pareils cas puisque Google est conscient de cette problématique, l'entreprise est simplement incapable de solutionner le problème puisqu'il est lié au fonctionnement même de l'outil de recherche.

Il sera ainsi intéressant de voir comment les tribunaux américains qualifieront les « Google bombs » ainsi que le rôle du moteur de recherche si un litige vient à naître entre la victime d'un tel canular et Google.

3. La propriété intellectuelle

Il importe d'abord de rappeler qu'au Québec, en vertu du partage des compétences fédérales-provinciales, la propriété intellectuelle est régie par la législation fédérale et donc que l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de*

l'information ne trouvera pas application dans le cadre d'une poursuite intentée selon les dispositions de la *Loi sur les marques de commerces*¹⁷ ou la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁸. Cependant, cela ne veut pas dire que l'article 22 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ne trouvera jamais application dans les cas de plagiat ou autres violations de droits d'auteurs ayant lieu en ligne. En effet, il demeure possible, lorsque l'on viole nos droits d'auteurs, d'intenter une poursuite en vertu du droit commun et de simplement se prévaloir des dispositions du droit commun, c'est-à-dire le Code civil¹⁹ et, dans le cas nous concernant, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Cependant, même dans les cas où le plaignant choisira de recourir à la législation fédérale, les prestataires de moteurs de recherches ou les fournisseurs d'hyperliens ne seront pas dénudés de tout moyen de défense, la Commission sur le droit d'auteur leur ayant accordé une forme d'exonération.

En effet, dans la décision *Re : Tarif 22*²⁰, la commission en est venue à la conclusion suivante :

« En soi, la création d'hyperliens n'implique pas la communication publique de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens. Dans leur forme la plus simple, les hyperliens représentent une liste électronique d'adresses ».

C'est donc dire que si les prestataires de moteurs de recherches et les fournisseurs d'hyperliens ne communiquent pas les œuvres trouvées sur les sites répertoriés, leur responsabilité ne peut être engagée en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cependant, cette position jurisprudentielle pourrait faire l'objet d'un renversement législatif, la question suivante étant présentement sous étude par le gouvernement fédéral :

« Doit-on modifier la Loi afin de faire en sorte que la création d'un lien rattachant un site à un autre site Web contenant du matériel contrefait soit considérée comme une violation du droit d'auteur? »

Conclusion

Découle de ce qui précède que le droit en général n'est pas particulièrement sévère à l'endroit des prestataires de moteurs de recherches et des fournisseurs d'hyperliens, ne leur imposant aucune obligation quant au contrôle du contenu des sites vers lesquels ils redirigent leurs lecteurs. D'un point de vue strictement pratique, cette approche s'avère sage selon l'ancienne maxime « à l'impossible, nul n'est tenu ». En effet, tel qu'indiqué par la Cour supérieure dans l'affaire *Éthier c. Boutique à coiffer Tonic*²¹, dossier dans lequel la Cour devait se prononcer sur la responsabilité d'un journal quant au contenu d'une publicité qui y était imprimée – la publicité en question utilisant sans autorisation l'image du demandeur :

¹⁷ L.R. 1985, ch. T-13

¹⁸ L.R. 1985, ch. C-42

¹⁹ Articles 1457 et suivants.

²⁰ Notons que cette décision a fait l'objet d'appels devant la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême, mais que la décision concernant les fournisseurs d'hyperliens n'a pas été renversée.

²¹ REJB 1998-10030

« Il est toutefois impossible pour Voir de vérifier chaque annonce publicitaire afin de s'assurer si l'annonceur a obtenu l'autorisation de la personne dont la photo apparaît dans l'annonce. Il s'agirait d'une tâche à toutes fins pratiques impossible »²².

Ainsi, s'il est impossible pour un annonceur de faire un tel geste, il est évidemment difficile pour le prestataire d'un moteur de recherches ou un fournisseur d'hyperliens de consulter chacun des sites répertoriés pour faire le même type de vérification. Cependant, au-delà de la cohérence juridique d'une telle approche législative, elle a également pour mérite de favoriser la liberté d'expression et la concentration de la presse.

En effet, bien qu'il existe des milliers de moteurs de recherches sur le Web, il demeure que, selon les statistiques²³, seulement huit d'entre eux se séparent près de 99% du marché²⁴. Ajoutons par ailleurs que presque tous ces moteurs utilisent les mêmes deux outils de recherches, à savoir celui développé par Google (54% du marché) et celui développé par Yahoo! (41% du marché)²⁵. C'est ainsi dire que de responsabiliser outre mesure les moteurs de recherche, véritables portes d'entrée du Net pour la majorité des utilisateurs du réseau²⁶, reviendrait à encourager ces deux entreprises à exercer un contrôle éditorial sur tout le contenu d'Internet et donc, ultimement, leur permettre de décider de limiter unilatéralement l'information à laquelle nous avons accès...

²² Paragraphe 20 de la décision.

²³ Danny SULLIVAN, « comScore Media Metrix Search Engine Ratings », (2004) en ligne sur le site *Search Engine Watch* : <http://searchenginewatch.com/reports/article.php/2156431> (dernières modifications: 23 juillet 2004)

²⁴ Il s'agit de Google (36.6% du marché), Yahoo! (26.6% du marché), MSN (14.5% du marché), Aol (12.8% du marché), Excite (4.3% du marché), Ask (1.8% du marché), InfoSpace (1.3% du marché) et Lycos (0,8% du marché). Source : Danny SULLIVAN, « comScore Media Metrix Search Engine Ratings », (2004) en ligne sur le site *Search Engine Watch* : <http://searchenginewatch.com/reports/article.php/2156431> (dernières modifications: 23 juillet 2004)

²⁵ Source : Danny SULLIVAN, « comScore Media Metrix Search Engine Ratings », (2004) en ligne sur le site *Search Engine Watch* : <http://searchenginewatch.com/reports/article.php/2156431> (dernières modifications: 23 juillet 2004)

²⁶ Christophe LAGANE, « Les moteurs de recherche, portes d'entrée du Web », (2004) en ligne sur le site *VNUnet.fr* : <http://www.vnunet.fr/actualite/logiciels/utilitaires/20040621006> (dernières modifications: 21 juin 2004) : « Avec 37 % du trafic, les moteurs de recherche se positionnent désormais comme la première source de visites du Net. Ils creusent ainsi l'écart avec les liens externes (34 % des visites) et les liens directs (29 %). Cette montée en puissance souligne le changement de comportement des internautes : en juin 2003, les moteurs ne représentaient que 23 % du trafic, contre 40 % pour les liens externes et 37 % pour les liens directs. Le moteur de recherche s'impose de plus en plus comme la porte d'entrée du Web. »