

Besprechung / Compte rendu

Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht: Eine Bestandsaufnahme nach Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Persönlichkeits- und Firmenrecht

MICHEL BRUNNER

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR, Heft 657, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001, XXXVI + 156 Seiten, CHF 62.–, ISBN 3-7272-0389-7

La thèse de MICHEL BRUNNER porte sur un sujet très discuté du droit de l'Internet: dans quelle mesure les liens hypertextes (hyperlinks) situés sur un site Internet et qui pointent vers un autre site Internet sont-ils licites? Comme le relève d'emblée l'auteur de cette thèse zurichoise en citant en exergue de l'ouvrage le créateur du World Wide Web Tim Berners-Lee, les liens hypertextes sont l'essence de l'Internet. Exprimé manière simplifiée, les liens hypertextes offrent en effet aux utilisateurs le moyen technique de «surfer» librement (soit de passer d'une page à une autre) par un simple click de souris et de «lier» ainsi des contenus situés sur des sites Internet différents.

L'ouvrage de MICHEL BRUNNER a pour but d'examiner dans quelle mesure la création d'un lien hypertexte est admissible en droit suisse, plus particulièrement sous l'angle du droit d'auteur, du droit des marques, du droit de la concurrence déloyale; du droit de la personnalité, du droit au nom et du droit des raisons de commerce. L'auteur distingue trois catégories de liens hypertextes: les liens simples (outlinks, soit les liens vers une page d'un autre site), les liens profonds (deeplinks, soit les liens qui renvoient à une page intérieure d'un autre site) et les liens inline (inline linking, ou IMG-linking signifiant IMAge linking, soit les liens sous forme graphique qui reprennent une image d'un site tiers sans copier celle-ci sur le site en question). MICHEL BRUNNER examine ainsi la licéité de chacun des trois types de liens hypertextes, au regard des divers régimes légaux de protection mentionnés plus haut.

Concernant tout d'abord la question des liens simples, l'auteur conclut à juste titre que l'insertion d'un lien hypertexte pointant vers un contenu licite ne pose pas de problèmes sous l'angle du droit d'auteur, dans la mesure où la création d'un tel lien ne consiste pas en une utilisation de l'œuvre (art. 10 al. 1 LDA) au sens du droit d'auteur. A propos de la question parallèle de la licéité de la création d'un lien hypertexte vers un site pirate (un site comportant une copie illicite d'une œuvre protégée), MICHEL BRUNNER conclut qu'un tel lien est illicite et le droit d'auteur au motif que l'utilisateur d'un tel site pirate réalise une copie illicite de l'œuvre en téléchargeant celle-ci sur son ordinateur (pp. 32–33). Même si l'on peut discuter de la validité d'un tel raisonnement (la reproduction, de surcroît temporaire, de l'œuvre sur la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur, n'est-elle pas couverte par l'exception pour usage privé [art. 19 LDAJ et, partant, n'est-elle pas licite?], il aurait en tous les cas été souhaitable d'envisager l'application du droit de représentation (art. 10 al. 2 let. c LDA), ce qui aurait potentiellement permis de trouver un fondement alternatif justifiant l'illicéité de la création d'un lien hypertexte, au lieu de limiter la discussion au seul droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA). Concernant ensuite l'éventuelle violation du droit des marques résultant de la création d'un lien hypertexte, l'auteur conclut que la création d'un tel lien constitue une utilisation de la marque comme signe distinctif (p. 44). Dans cette perspective, il aurait pu être intéressant de faire un parallèle avec la question de l'usage d'une marque comme nom de domaine, à propos duquel la jurisprudence n'admet pas nécessairement qu'il s'agisse d'une utilisation comme signe distinctif (voir sic! 2000, 24, «Artprotect.ch»). Après le droit de la concurrence déloyale, l'auteur de la thèse s'attache à la question de l'éventuelle violation du droit de la personnalité causée par la création d'un lien hypertexte, en imaginant le cas d'une personne qui créerait un site Internet personnel contenant des informations relevant de sa sphère privée et destiné à un cercle limité de personnes, ce site devenant soudainement accessible à un plus grand cercle de personnes, suite à la création d'un lien hypertexte par une tierce personne.

MICHEL BRUNNER considère à ce propos que la création d'un tel lien n'est licite que pour autant que ce lien n'ait pas pour effet de mettre le site à disposition d'un plus grand nombre de visiteurs (par rapport à ce que souhaitait initialement le créateur du site, p. 72). On peut se demander comment un tel critère pourra être pratiquement mis en œuvre, dès lors qu'il paraît hasardeux de faire dépendre la protection de la taille de l'audience potentielle d'un site Internet, celle-ci étant variable et difficile à estimer. Ne devrait-on pas plutôt considérer que la mise à disposition volontaire d'informations personnelles sur un site Internet constitue une manifestation du consentement à toute éventuelle atteinte à la personnalité, ce qui enlèverait tout caractère illicite à une telle atteinte (art. 28 al. 2 CC), et donc à la création d'un lien hypertexte pointant vers ce site (dans la même mesure que la mise à disposition légale d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sur Internet confère une licence implicite d'utilisation aux visiteurs du site concerné).

Concernant la question des liens profonds (deeplinks) – le deuxième type de liens hypertextes analysé dans la thèse –, ceux-ci posent, comme le relève l'auteur, essentiellement un problème sur le plan de la concurrence déloyale, tout au moins lorsqu'ils créent un risque de confusion entre les deux sites Internet en cause (art. 3 let. d LCD).

A propos du troisième type de liens hypertextes, soit les liens inline (inline linking), on peut regretter, tout comme c'était le cas à propos des liens simples, que MICHEL BRUNNER n'ait pas étendu l'analyse relative aux droits d'utilisation du droit d'auteur au delà du droit de reproduction (p. 120). Il semble en effet que la création d'un lien inline, même si elle n'affecte pas le droit de reproduction, pourrait tomber sous le coup d'un autre droit exclusif de l'auteur, soit le droit de représentation (art. 10 al. 2 let. c LDA, définien particulier – comme le droit «de faire voir ou entendre [l'œuvre] en un lien autre que celui ou elle est présentée»). C'est en tous les cas ce qu'a récemment décidé un tribunal américain. Dans l'affaire *Kelly v. Arriba* (280 F.3d 934, 6 février 2002), la Cour d'Appel du 9ème Circuit a en effet décidé que la création d'un lien inline portant sur une image du demandeur (un photographe) par la défenderesse (un moteur de recherche sur Internet) constituait une utilisation de l'œuvre violant le droit d'auteur (plus spécifiquement le public display right).

En dépit de ces quelques remarques, on doit saluer le travail original de MICHEL BRUNNER, sachant que le choix d'un tel sujet comporte l'inévitable difficulté de traduire en termes juridiques une réalité technologique en constante évolution.

Jaques de Werra, dr en droit, avocat LL.M., New York