



<http://www.droit-technologie.org>

présente :

**LA RESPONSABILITE DES INTERMEDIAIRES SUR INTERNET:
ACTUALITES ET QUESTION DES HYPERLIENS**

Deuxième Partie: la responsabilité en matière d'hyperliens.

Alain Strowel

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'ULG
alainstrowel@nautadutilh.com

Nicolas Ide

Avocat au barreau de Bruxelles
nicolaside@nautadutilh.com

2 février 2001

PLAN

Chapitre Ier. Notions techniques et types d'hyperliens.....	3
1. Le système hypertexte.....	3
2. Le lien hypertexte au sens large.....	4
3. Les types de liens hypertextes.....	5
a. Le lien en surface (surface linking).....	5
c. Le cadrage (ou "framing").....	5
d. Le lien automatique ("inlining" ou « embedded link »).....	6
4. La mention d'une adresse web.....	7
Chapitre II. Les questions juridiques.....	8
§1er. Principe et limites de la liberté d'établir des liens.....	8
A. "Linking" et liberté d'expression.....	8
B. L'existence d'une autorisation implicite de l'exploitant du site relié.....	9
1. Limites de l'autorisation implicite tenant à la nature des liens établis.....	10
2. Limites de l'autorisation implicite tenant à l'existence de mentions sur le site relié.....	11
<i>Ticketmaster Corp. v. Tickets.com</i>	12
3. L'influence des moyens techniques.....	12
C. La position du titulaire dont les droits sont violés par le site relié.....	13
§2. Les atteintes causées par l'usage d'hyperliens.....	14
A. Les atteintes liées au pointeur.....	15
1. Atteinte au droit d'auteur.....	15
a) Le pointeur.....	15
<i>Shetland Times v. Shetland News</i>	15
b) Une collection d'hyperliens (pointeurs).....	16
b.1 Droit d'auteur.....	16
b.2 Droit sui generis.....	17
2. Atteinte au droit des marques ou à d'autres signes distinctifs.....	17
B. Les atteintes liées à la technique de linking.....	19
1. Atteintes au droit d'auteur.....	19
a) Droits patrimoniaux.....	19
<i>Copyright Board of Canada</i>	20
<i>Kelly v. Arriba</i>	21
b) Droits moraux.....	23
2. Atteintes au droit sui generis.....	23
3. Atteintes au droit de la concurrence.....	25
<i>Washington Post v. Total News</i>	26
<i>Ticketmaster v. Microsoft</i>	27
C. Les atteintes causées par le contenu du site relié (ou du site établissant le lien).....	27
1. Atteintes aux droits d'auteur.....	28
a) Complicité à une atteinte au droit de communication au public par le site relié/à une atteinte au droit de reproduction par l'internaute.....	28
<i>IFPI v. Beckers</i>	30
b) Atteintes au droit moral.....	31
2. Atteintes au droit de la personnalité.....	32
3. Violation du secret d'affaires.....	32
D. Le changement du contenu relié et le multiple linking.....	33
§3. L'imputabilité des atteintes en matière de linking.....	34
A. Position du problème.....	34
B. Textes en la matière.....	35
C. Jurisprudence.....	36

* *

Sans l'hyperlien, le World Wide Web n'aurait pas les qualités qu'on lui reconnaît. L'hyperlien ("hyperlink")¹, c'est en quelque sorte la glu avec laquelle le web (littéralement, la "toile") se tisse. L'activité consistant à établir des liens (le "linking") entre pages web aide l'utilisateur à trouver, par renvois successifs, l'information qu'il désire et permet donc de surmonter l'incroyable dispersion de l'information disponible sur le web. Sans ces liens, et sans les moteurs de recherche dont le fonctionnement repose sur la technique des hyperliens, l'information mise sur le web perdrait de sa valeur à défaut de pouvoir être trouvée aisément.

La création de ces liens pose toutefois de plus en plus de problèmes sur le plan de la propriété intellectuelle, des droits de la personnalité et du droit de la concurrence². C'est dire que certains liens débouchent sur des "*liaisons dangereuses*" et qu'il y a des précautions à prendre si l'on veut que les liens établis contribuent au maintien de "*bonnes relations*"³.

Avant d'aborder les questions juridiques (chap. II), il convient de définir l'hyperlien et de distinguer les différentes formes d'hyperliens (chap. Ier).

Chapitre Ier. Notions techniques et types d'hyperliens

1. Le système hypertexte

L'hypertexte est un système d'établissement structuré de liens entre des informations diverses (il peut s'agir de documents textuels ou sonores, d'images fixes ou animées) publiées sur le World Wide Web.

Ce système utilise le langage HTML pour mettre en forme la page web à publier. L'HTML est un langage de programmation qui donne des instructions à un navigateur (les « browsers », tels Communicator ou Explorer) de telle manière qu'il puisse correctement interpréter l'information qui lui est envoyée. En HTML, en plus du texte et des autres documents numérisés de la page web (images, documents

¹ On parlera parfois, plus simplement, de "lien" ("link").

² La littérature consacrée à ce thème est déjà relativement abondante. Voir par ex. : T. BETTINGER et S. FREYTAG, « Civil Law Responsibility for Links », IIC, 8/1999, p. 883-907 ; L. CARRIERE, « Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur: quelques éléments de réflexion » in Les Cahiers de propriété intellectuelle, mai 1997, p. 467 et s.; A. DIMÉGLIO, « Le renvoi à la page web d'un tiers, par un lien hypertexte, est-il ou non constitutif d'un acte de contrefaçon? », Cahiers – Lamy droit de l'informatique et des réseaux, N° 114, Mai 1999 ; W. A. EFFROSS, « Withdrawal of the Reference: Rights, Rules and Remedies for Unwelcomed Web-linking », in 49 South Carolina Law Review, 1998, p. 651 et s. ; M. JACKSON, « Linking Copyright to Homepages », 49 Fed. Comm. L.J., 1997, p. 731-759; J. R. KUESTER et P. A. NIEVES, « Hyperlinks, Frames and Meta-Tags: An Intellectual Property Analysis », in 38 IDEA - The Journal of Law and Technology, 1998, p. 243 et s. (voir en général le Panel Discussion: Link Law on the Internet, 38 IDEA, 1998, p. 197 et s.); M. O'ROURKE, « Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World », 82 Minnesota Law Review, 1998, p. 609 et s.; M. SABLEMAN, « Link Law : The Emerging Law of Internet Hyperlinks », 4 Communication Law and Policy, 1999, p. 559 et s.; L. A. STANGRET, « The legalities of linking on the World Wide Web », in Communications Law, 1997, vol. 2, p. 202 et s.; P. TRUDEL, « Droit du cyberspace », Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal et éd. Thémis, 1997, p. 16-67 à 16-69. Pour une bibliographie sur le sujet, voir le site de Stefan BECHTOLD, « The Link Controversy Page », disponible à l'adresse www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/lcp.html, consultée le 9 avril 2000.

³ Pour une analyse des précautions d'ordre contractuel ou technique à prendre, voir A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet – A propos des hyperliens », A & M, 1998, p. 296-308.

sonores, etc.), on utilise des “tags” (invisibles à l’écran de l’internaute). Ceux-ci ont par exemple comme fonction d’ordonner la page par paragraphes ou retours à la ligne, de signaler que le texte doit être en gras ou en italique, et aussi d’indiquer que tel mot ou telle image sont réactifs et qu’il ou elle constitue un lien hypertexte. Sans la programmation HTML formatant d’une manière déterminée un texte donné, le navigateur afficherait à l’écran un texte continu sans aucune présentation, ni hyperlien.

Le système de communication du web repose encore sur deux autres éléments: le protocole HTTP (hypertext transfer protocol), qui constitue le standard permettant à plusieurs ordinateurs de communiquer entre eux et d’aller chercher l’information sur un serveur éloigné, et l’URL⁴ (ou Universal Resource Locator), qui est l’adresse du document basé sur le modèle “www” et les noms de domaine⁵.

2. Le lien hypertexte au sens large

Au sens large, un “lien hypertexte” recouvre deux notions, l’une renvoyant à l’aspect cachée, l’autre à l’aspect visible du lien.

Au sens technique du terme, l’hyperlien désigne la commande HTML utilisée pour indiquer au navigateur le renvoi vers un document sur un autre site (nous parlerons de « lien externe »), ou vers un autre document sur le même site (nous parlerons de « lien interne »). Dans cette acception, l’hyperlien prend la forme d’un code HTML⁶, comprenant le nom de domaine du site relié. Il s’agit de la face cachée du lien. L’internaute a toutefois la possibilité de visualiser ce code HTML en activant la commande « View », puis « Source » de son navigateur.

Pris dans son sens courant, le mot hyperlien est utilisé pour désigner la partie visible du lien, à savoir le ou les mots⁷ ou images utilisés pour indiquer au visiteur de la page web qu’il est en présence d’un hyperlien (cela est également confirmé par la transformation du curseur : en présence d’un hyperlien, celui-ci abandonne sa forme habituelle (barre verticale ou flèche en oblique) pour prendre par ex. la forme d’une petite main). La partie visible du lien est également appelée « pointeur ». Les pointeurs sont généralement des mots soulignés et en bleu (ou, en tout cas, dans une couleur différente de celle utilisée pour le texte principal). Parfois ils sont

⁴ La notion d’URL désigne deux manières de noter l’adresse d’un même site : la mention “http://255.201.123.87”, qui est une série de quatre triplets de chiffres localisant par exemple le serveur hébergeant le site de Nauta Dutilh parmi tous les serveurs qui sont liés à Internet, est en fait remplacée à l’écran de l’internaute par la mention “http://www.nautadutilh.com”. La série des quatre triplets peut cependant apparaître dans l’espace du navigateur qui affiche l’état de la connexion à un serveur sur Internet.

⁵ Le nom de domaine ne désigne que les deux dernières parties (appelés noms de domaine de premier et de deuxième niveau) d’un URL : par exemple, le nom de domaine de l’URL <http://www.droit-technologie.org> est “droit-technologie.org”.

⁶ La commande HTML habituelle des liens hypertextes s’écrit ainsi (exemple du cabinet Nauta Dutilh): Cabinet d’avocats. La partie “http://www.nautadutilh.com” correspond à l’adresse URL de la page d’accueil du site relié, et la partie “Cabinets d’avocats” correspond au texte coloré et souligné inscrit sur la page web du site établissant le lien. Au texte aurait pu également se substituer un logo ou un sigle représentant le cabinet Nauta Dutilh. Si l’on veut créer un lien hypertexte à partir d’une image, la structure du code HTML est sensiblement identique, mais l’URL de l’image doit être écrit car l’image est un élément indépendant de la page Web où elle figure. Dans ce cas, le code HTML se présente comme suit:

⁷ Ceux-ci peuvent cependant être l’adresse URL ou le nom de domaine de la page à laquelle l’hyperlien renvoie.

représentés par une image (fixe ou animée : un logo, un bouton-poussoir, un *java script*...).

Dans la présente contribution, la partie visible du lien sera désignée par les mots « hyperlien » ou « pointeur », et la partie cachée sera appelée « code HTML du lien ».

L'hyperlien a pour fonction de renvoyer le visiteur vers un autre document hypertexte, tel une page web, une image ou un espace bien précis à l'intérieur d'une page web. Cette fonction peut être activée soit au moyen d'un simple clic sur le pointeur, soit automatiquement (voir ci-après à propos des liens automatiques). Lorsque l'on clique sur un pointeur, on accède donc à un document multimédia localisé ailleurs sur le web, ayant sa propre adresse URL (d'où le nom de « document hypertexte »).

3. Les types de liens hypertextes

La présente classification différencie les liens d'après la technique de *linking* (type de code HTML) utilisée.

a. Le lien en surface (surface linking)

C'est le lien externe qui renvoie d'une page web d'un site (ci-après « le site établissant le lien ») à la page d'accueil d'un autre site (ci-après « le site relié »), par affichage à l'écran de l'internaute de la page d'accueil du site relié présentée dans sa forme originale, c'est-à-dire nettoyée de toute référence à la page du site établissant le lien (on parle parfois de lien HREF)⁸.

b. Le lien en profondeur (deep linking)

Alors qu'un lien en surface établit un lien vers la page d'accueil (ou *homepage*) du site relié, le lien externe en profondeur renvoie à une page secondaire de ce site, c'est-à-dire à toute page web différente de la page d'accueil. Dans la mesure où le prix de l'emplacement d'une bannière publicitaire est généralement calculé d'après le nombre de visites (« hits ») de la page d'accueil (ou d'après le nombre de visites du site de l'annonceur par activation de la bannière, les « click through »), cette technique peut représenter un manque à gagner pour l'exploitant du site relié.

c. Le cadrage (ou "framing")

Le cadre d'une page web se présente le plus souvent sous forme de bords ou de marges entourant, de manière fixe, le contenu (variable) des pages d'un site. Le cadre contient habituellement le logo et le nom de la société exploitant le site, les rubriques du site, les bannières publicitaires, etc. Généralement, la technique du cadrage est utilisée pour présenter les pages d'un même site, mais elle peut également être utilisée pour présenter les pages d'autres sites (par le biais d'un hyperlien de cadrage). Le « lien cadre » (ou « cadrage ») est donc la commande HTML⁹ qui permet de présenter le contenu d'une page web d'un autre site dans le cadre du site qui établit le lien. Sur l'écran de l'internaute, le cadre du site qui établit le lien vient donc remplacer le cadre du site relié.

⁸ La commande HTML de base utilisée est : pointeur.

⁹ Commande HTML de base utilisée : <FRAMESET> ... </FRAMESET>.

Il est possible qu'une page web soit composée de plusieurs cadres (ou *frames*). Ces différents cadres peuvent tous contenir des liens cadres, de telle sorte que cliquer sur un lien hypertexte dans n'importe quel cadre pourra lier à une page web qui s'ouvrira dans le cadre dans lequel on a cliqué, et ce, sans que l'on quitte le site qui a initié le cadrage.

Avec ce type de lien, le titre de la page (au-dessus de la barre de navigation) et l'adresse du site établissant le lien (dans la barre de navigation) ne sont pas remplacés par le titre et l'adresse du site relié. L'internaute, s'il se rend habituellement compte du fait qu'il consulte le contenu d'un autre site, ne dispose donc pas de l'URL de ce dernier.

d. Le lien automatique ("inlining" ou « embedded link »)

Ce type d'hyperlien (également appelé « lien dynamique ») permet d'insérer dans une page web une image (un graphique, un logo, etc.) provenant d'une autre page web (appartenant au même site ou à un autre), et ce sans quitter la page du site établissant le lien.

L'image étant un élément indépendant d'une page web, elle possède sa propre adresse URL, à savoir l'endroit du serveur sur lequel l'image a été préalablement enregistrée sous forme digitale. Lorsque l'on veut inclure, par un lien automatique, une image sur sa page web, il faut donner instruction au navigateur d'aller chercher cette image à l'endroit où elle se trouve. Cette instruction se présente sous forme d'une commande HTML précisant l'adresse URL de l'image¹⁰. C'est parce que ce type de lien ne nécessite pas d'activation par le visiteur¹¹ qu'il est appelé « automatique ». L'activation automatique du lien par le navigateur donne l'impression à l'internaute qu'il est en train de voir une image provenant de la page web consultée (alors qu'en réalité l'image provient d'une autre page web)¹².

Ce lien permet donc au responsable d'un site d'insérer des images sans devoir les copier. A aucun moment en effet, l'image n'est reproduite sur le site établissant le lien. Les seules reproductions de l'image ont lieu (de manière durable) sur le site d'origine de l'image (sur le serveur où l'image est stockée) et (de manière temporaire) à l'écran de l'internaute visitant la page ayant établi le lien automatique. Cette technique permet donc d'économiser de l'espace sur le disque dur du serveur qui héberge la page établissant un lien automatique.

¹⁰ La commande HTML de base utilisée pour chercher l'image figurant sur le serveur est :
.

Si l'on veut par ex. inclure l'image d'une bouteille de coca-cola sur sa page, il suffit d'inclure, dans le code HTML de sa page, la commande .

¹¹ En effet, quand un visiteur demande de pouvoir consulter une page web (soit en insérant l'adresse URL de cette page dans la barre de navigation, soit en activant - par un click - un lien vers cette page), c'est le navigateur qui, en lisant le code HTML de la page (y compris, en cas de lien automatique, la commande d'aller chercher une image ailleurs) pour afficher cette page à l'écran, aura été chercher l'image ailleurs, sans que le visiteur ne s'en aperçoive.

¹² D'autant que l'adresse URL du site dont provient l'image ne va pas s'afficher dans l'espace où s'affiche normalement l'adresse URL de la page sur laquelle on se trouve (ou dans laquelle on insère l'adresse URL que l'on veut atteindre).

Synthèse sur les types de liens

On peut encore proposer d'autres distinctions (qui recouvrent en partie ce qui vient d'être présenté) et distinguer les hyperliens:

A) d'après la localisation de la page reliée

- les *hyperliens intrapaginaux* renvoient à une adresse URL située sur la même page web que celle établissant le lien¹³;
- les *hyperliens internes* renvoient à une adresse URL située sur une autre page web que celle établissant le lien, mais appartenant au même site web;
- les *hyperliens externes* renvoient à une adresse URL correspondant à un autre site web.

B) d'après la technique d'activation

- les hyperliens de surface, en profondeur et de cadrage nécessitent une activation par l'internaute ;
- les hyperliens automatiques sont activés par le navigateur sans intervention de l'internaute.

C) d'après le degré de mise en évidence du site relié

- l'hyperlien de surface renvoie à la page d'accueil du site relié, alors que le lien en profondeur renvoie à une page secondaire du site relié (pour l'influence sur le prix des bannières, voir ci-dessus) ;
- dans le cas d'un lien cadre, si l'internaute réalise en principe qu'un hyperlien le renvoie ailleurs, il n'est pas nécessairement¹⁴ informé de la destination (la page reliée peut faire partie du même site, mais aussi d'un site tiers) ;
- dans le cas d'un lien automatique, l'internaute ne réalise en principe pas que le document hypertexte affiché à son écran provient d'un autre site.

4. La mention d'une adresse web

Enfin, mentionnons un problème apparenté. Il est clair que tout site (ainsi que tout support, tels des CD) peut simplement communiquer une adresse web à titre d'information, sans pour autant l'utiliser comme pointeur d'un hyperlien. Si la technique utilisée n'est pas la même (contrairement à un lien, la simple adresse web n'est pas active, c'est-à-dire qu'un clic sur celle-ci n'aura aucun effet), le résultat est similaire. En effet, il suffira à l'internaute de copier l'adresse web dans sa barre de navigation et de lui donner instruction de faire apparaître ce site à l'écran.

Cette pratique bien entendu différente de la création d'hyperliens a donné lieu à des litiges. Ainsi, aux Etats-Unis, une action en concurrence déloyale a été introduite¹⁵ par les revendeurs au détail de CD à l'encontre de Sony, qui avait mentionné sur les

¹³ Ils se signalent par une adresse URL visible terminée par "#..." (commande de base = "").

¹⁴ Même si la barre de navigation ne mentionne pas l'adresse URL du site relié, l'internaute pourra dans certains cas déduire du contenu de la page reliée qu'il est en présence d'un site tiers.

¹⁵ Affaire introduite le 31 janvier 2000 devant la US District Court, District of Columbia, National Association of Recording Merchandisers v. Sony Music Entertainment. Voir compte rendu à l'adresse <http://news.cnet.com/category/0-1005-200-1538006.html>, consultée le 19 avril 2000.

CD livrés à ces détaillants les adresses web des sites de Sony où les consommateurs peuvent acheter en ligne les mêmes CD. Dans l'affaire Mormon Church (commentée ci-après), la mention d'adresses URL en ligne était au centre des débats.

Chapitre II. Les questions juridiques

L'établissement d'hyperliens soulève de nombreux problèmes. Avant d'analyser les différentes formes d'atteintes à des droits de tiers liées à l'établissement d'hyperliens (atteinte à des droits intellectuels, à des droits de la personnalité, et cas de concurrence déloyale), nous poserons la question de savoir si la faculté d'établir des liens est protégée en tant que manifestation de la liberté d'expression.

§1er. Principe et limites de la liberté d'établir des liens

Existe-t-il une « liberté de créer des hyperliens », et, si oui, y a-t-il des limites juridiques à la liberté de créer des hyperliens?

Ces questions ne se posaient pas au début de l'existence d'Internet. A l'origine, dans le cadre de l'utilisation d'Internet par la communauté universitaire, il paraissait évident que toute relation entre sites web était "bonne", puisqu'elle contribuait à structurer, donc à enrichir l'immense base de données qu'est Internet. Limiter le libre établissement des liens s'apparente, pour beaucoup d'internautes qui se sont accoutumés à évoluer dans un espace très ouvert, à une forme inadmissible de censure, guidée par la logique marchande qui s'insinue dans le cyberspace¹⁶. Imposer des contraintes à la création de liens peut être perçu comme une restriction du thesaurus de l'encyclopédie en expansion constante que constitue le web.

C'est surtout à la suite de l'utilisation commerciale du web que la question des limites à cette faculté d'établir des liens s'est posée, en même temps que l'on s'est demandé s'il existait une forme de liberté ou de droit à établir des liens ("a right to link").

Certains tribunaux (surtout aux Etats-Unis) qui ont dû se pencher sur des affaires de *linking* ont d'ailleurs reconnu le rôle essentiel des hyperliens (et des moteurs de recherche) pour le développement d'Internet¹⁷.

A. "Linking" et liberté d'expression

¹⁶ Voir les réactions d'internautes dans divers forums de discussion suite à l'introduction de l'action dans *Ticketmaster v. Microsoft*. Voir aussi, suite aux affaires DVD (évoquées ci-après), l'incitation du site www.2600.com de copier et d'établir des liens vers le programme DeCSS déclaré contrefaisant. En ce sens encore, voir B. FRYDMAN, « Quel droit pour l'Internet? », in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1997, p. 305.

¹⁷ Selon une décision de la Superior Court of California (County of Santa Clara, 21 January 2000, *DVD Copy Control Association Inc. v. A.T. Mc Laughlin*, disponible à l'adresse www.opendvd.org/cv786804-granted.html, consultée le 19 avril 2000), « links to other websites are the mainstay of the Internet and indispensable to its convenient access to the vast world of information ». Voir aussi US District Court, Central District of California, 16 December 1999, *L.A. Kelly v. Arriba Soft Corp.*, disponible à l'adresse <http://www.cacd.uscourts.gov/cacd/RecentPubOp.nsf/bb61c530eab0911c882567cf005ac6f9/36b37cf9ff817f07882568490076eb7e?OpenDocument>, consultée le 17 avril 2000.

Aux Etats-Unis, certains commentateurs¹⁸ ou parties¹⁹ invoquent la protection de la liberté d'expression (du "free speech" reconnu dans le *First Amendment* de la Constitution américaine) pour contester les dispositions légales ou les actions judiciaires visant à faire interdire certains types de liens²⁰.

En Europe, il est moins évident que l'acte consistant à établir des hyperliens soit directement couvert par la liberté d'expression consacrée à l'article 10 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la protection des libertés fondamentales²¹.

De toute manière, la liberté de tisser des liens à l'aide de pointeurs n'est, à l'instar de la liberté d'expression, pas sans limites, car l'exercice de cette liberté est susceptible de porter atteinte à divers droits (droits intellectuels, droits de la personnalité, etc.) ou de constituer une forme de concurrence déloyale.

B. L'existence d'une autorisation implicite de l'exploitant du site relié

Il faut se demander si une autorisation préalable de la part de l'exploitant du site avec lequel le lien est établi doit être sollicitée avant de constituer un tel lien. Autrement dit, quelle est la règle qui s'applique par défaut? Existe-t-il en quelque sorte une présomption d'autorisation ou une forme de licence implicite et automatique?

A notre sens, il faut considérer que le simple fait de rendre disponible un contenu sur un site web, et de participer ainsi à cet immense forum qu'est l'Internet, suppose que l'on accepte le principe que les autres s'y réfèrent ; il y a en quelque sorte, à travers la participation au processus de communication en ligne, une autorisation tacite de se référer au contenu mis sur un site du réseau²² (mais non pas de copier en tout ou en partie ce site). Par conséquent, une autorisation expresse pour établir une référence ne doit pas être demandée.

¹⁸ J. R. KUESTER et P. A. NIEVES, « Hyperlinks: A Form Of Protected Expression? Georgia federal court implies a 1st Amendment "right to link" defense to infringement claims », autrefois disponible à <http://www.ljx.com/internet/0126hyperlink.html>.

¹⁹ Ainsi, dans l'affaire *Ticketmaster v. Microsoft* (voir infra), cette dernière partie a invoqué, parmi d'autres moyens de défense, la protection du *First Amendment*.

²⁰ Dans l'affaire (*American Civil Liberties Union v. Miller*, 43 U.S.P.Q. 2d 1356 (N.D. Ga. 1997)) commentée par KUESTER et NIEVES, loc. cit., les plaignants contestaient l'introduction dans le *Georgia Computer Systems Protection Act* d'une sanction pénale pour l'usage sur Internet du nom commercial, de la marque, du cachet officiel ou légal ou de tout sigle protégé par le droit d'auteur, d'une manière qui donne faussement l'impression (to « imply ») que l'autorisation a été donnée pour un tel usage. Jugeant qu'il est légitime de protéger certains droits intellectuels, les demandeurs plaidaient toutefois que l'Etat de Géorgie ne pouvait sous ce couvert supprimer cette forme d'expression. Ils arguaient en outre du fait que l'usage non-commercial d'une marque à des fins d'hyperlien était une forme d'expression protégée. La *District Court* de l'Etat de Géorgie leur a donné raison en jugeant la disposition législative contraire au *First* (et au *Fifth*) *Amendment*. La Cour s'est directement prononcée sur la question du *linking*: "A fair reading of the clause [du *Georgia Computer Act* en cause] as written, is that it prohibits the current use of Web page links. The linking function requires publishers of Web pages to include symbols designating other Web pages that may be of interest to a user. This means that an entity or person's seal may appear on hundreds or thousands of other Web pages, just for the purpose of enabling the linking system. The appearance of the seal, although completely innocuous, would definitely "imply" to many users that permission for use had been obtained. Defendants have articulated no compelling state interest that would be furthered by restricting the linking function in this way" (*American Civil Liberties Union v. Miller*, 43 U.S.P.Q.2d 1356 (N.D. Ga. 1997) à la p. 1360).

²¹ Voir les décisions *Steinhöfel v. Best* et *IFPI v. Beckers*, commentées ci-après.

²² En ce sens: L. A. STANGRET, op. cit., p. 204.

Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Düsseldorf dans un cas de cadrage (framing)²³, à l'encontre duquel le demandeur soulevait le grief de concurrence déloyale. La cour d'appel a déclaré que :

*« Celui qui place des pages web sur Internet doit tenir compte du fait qu'il peut y avoir des renvois (vers ses pages), et on peut supposer qu'il les a autorisés. L'accès à ces pages de l'extérieur, à savoir par des liens, permet une diffusion rapide et efficace. Quand les pages contiennent de la publicité, une telle diffusion fait partie du but recherché et sert les intérêts de l'annonceur. »
(propre traduction)*

Disposer d'une licence implicite de pointage signifie donc que tout propriétaire de site web autorise tacitement les autres concepteurs de sites à établir une liaison. Une telle licence ne doit pas être établie par écrit, puisque ce ne sont pas les règles contractuelles du droit d'auteur, mais les règles générales du droit des contrats qui s'appliquent. Cette licence tacite peut toutefois faire l'objet de certaines limitations : certaines découlent de la nature des liens qui sont établis, d'autres proviennent de l'apposition de mentions indiquant le refus de l'exploitant du site de voir son site lié à d'autres.

1. Limites de l'autorisation implicite tenant à la nature des liens établis

Les limitations apportées à la licence implicite sont liées à la technique de lien utilisée (voir supra pour une présentation des différentes techniques).

S'il faut considérer qu'un lien de surface peut être utilisé en toutes hypothèses (sous réserve d'atteintes réalisées à travers le contenu du site relié), il ne pourrait en être de même dans le cas de liens en profondeur, de cadrage, ou en cas de liens automatiques.

Pour ce qui est des liens en profondeur, rappelons qu'avec ceux-ci, l'internaute n'est pas confronté aux publicités figurant sur la page d'accueil, ce qui peut représenter un manque à gagner pour l'exploitant du site relié. Pour cette raison, on peut considérer qu'ils ne sont pas autorisés tacitement. Dans certains cas pourtant, l'on ne voit pas sur quelle base l'on pourrait les interdire. Ainsi en est-il si la page d'accueil ne contient pas de publicités²⁴.

En cas de cadrage, peut-on encore considérer qu'il y a présomption de licence, alors que cette technique de « framing » ne s'avère pas indispensable lorsque l'on souhaite renvoyer à un autre site ? A notre sens, il faut répondre par la négative à cette question. En effet, en cas de *framing*, l'internaute n'a pas la possibilité de prendre connaissance des références (adresse web) du site relié. En perdant ainsi la possibilité de se faire connaître auprès de l'internaute, l'exploitant du site relié pourrait subir un manque à gagner, outre la perte de reconnaissance qu'il subit. Il n'y a pas de raison d'admettre cette technique, alors que des liens en surface ou même en profondeur (en cas de nombre élevé de pages) permettent d'obtenir le même résultat sans léser les intérêts de l'exploitant du site relié.

²³ Oberlandesgericht Düsseldorf, 29 juin 1999, disponible aux adresses www.netlaw.de et www.baumarkt.de, consultées le 9 avril 2000, commenté ci-après.

²⁴ En outre, devoir obligatoirement faire un lien à la page d'accueil d'un site qui compte des centaines de pages secondaires n'est pas très pratique pour les usagers.

En ce qui concerne les liens automatiques, il faut ajouter aux réticences développées ci-avant quant aux liens de profondeur et aux liens cadre, l'aspect « parasitaire » de cette technique. En effet, envers (les visiteurs), le fournisseur d'un lien automatique externe donne l'impression que le document relié provient de son propre site. En quelque sorte, il « s'approprie » le document hypertexte d'autrui, et profite donc des efforts fournis par l'exploitant du site relié.

En résumé, on peut donc estimer que, lorsqu'il décide de monter son site web, tout exploitant de site accepte que des liens en surface soient établis avec son site. Par contre, celui qui envisage de recourir à un autre type d'hyperlien aura intérêt à pouvoir prouver qu'il a reçu l'autorisation expresse de l'exploitant du site relié.

2. Limites de l'autorisation implicite tenant à l'existence de mentions sur le site relié

La licence implicite pourrait-elle être remise en cause par le fait qu'un propriétaire de site indique qu'il s'oppose à ce que des hyperliens soient créés avec son site?

Voici, par exemple, la mention que l'on pouvait lire sur le site de Digital :

"A partial list of the Digital Trademarks appears below. Digital prohibits the use of the Digital logo as a "hot" link to any Digital web Site unless the establishment of such a link is approved by Digital Equipment Corporation".

Un autre exemple de mention que l'on peut rencontrer :

"Please link to our site only through our homepage".

Quelle est la valeur juridique de ces mentions unilatérales? Engagent-elles les internautes qui veulent établir un lien ? La question n'est pas évidente à résoudre.

En pays de droit civil, il faudrait se demander si l'on n'a pas affaire à un acte juridique unilatéral créateur d'obligations. A notre sens, la présence de mentions sur le site lié ne crée pas d'obligations (il ne s'agit pas d'un acte juridique unilatéral), mais interviendra comme facteur en vue d'apprécier la faute de celui qui a créé un lien causant un dommage (par exemple, suite à une diminution des recettes publicitaires liée au contournement de la page d'accueil, en cas de *"deep linking"*). L'apposition de mentions permettra donc plus facilement d'obtenir des dommages-intérêts en cas de lien préjudiciable.

En droit de *common law*, certains auteurs estiment qu'une telle mention est dépourvue de tout effet juridique²⁵ et n'a de valeur que sur le plan déontologique : seules les "bonnes manières" du cyberspace dicteraient aux internautes le respect de telles mentions.

Qu'en est-il lorsque l'interdiction ou la réserve quant à l'établissement de liens vers un site figure dans les conditions générales relatives aux services offerts par ce site ? A condition de prouver l'acceptation de ces conditions par l'internaute, il ne s'agit

²⁵ Voir L. A. STANGRET, op. cit., p. 204. Telle est aussi l'opinion du Prof. Jane Ginsburg de Columbia University (résultat d'une conversation en juillet 1998).

plus ici d'un éventuel acte unilatéral créateur d'obligations, mais bien d'un contrat synallagmatique entre parties. La personne établissant un lien avec ce site en violation de telles conditions générales (acceptées par lui) commet donc une faute contractuelle et engage sa responsabilité à ce titre. Le problème majeur, on s'en doute, consistera à prouver l'acceptation de telles conditions par l'exploitant du site établissant le lien. En dehors des problèmes spécifiques liés à la validité des contrats conclus en ligne, il est tout à fait possible d'établir un lien vers un site sans jamais avoir visité ce site.

Ces difficultés sont illustrées dans la plus récente des deux affaires de *deep linking* introduites par la société américaine *Ticketmaster Corp.*

Ticketmaster Corp. v. Tickets.com²⁶

Sur le site de *Ticketmaster Corp.*, une société américaine qui offre en ligne toutes sortes de tickets pour des événements tels que des concerts, le bas de la page d'accueil contient le lien interne appelé « Terms of use » (depuis lors, Ticketmaster a modifié son site pour faire apparaître en premier lieu une mention légale qui, elle-même, renvoie par un lien interne aux « terms and conditions »). En activant ce lien, le visiteur peut consulter les conditions d'utilisation des services de Ticketmaster, qui stipulent entre autres :

« *By using or visiting the Site, you expressly agree to be bound by these Terms. (...) Illegal and/or unauthorized uses of the Site, whether for (...) unauthorized framing of or linking to the Site will be investigated and appropriate legal action will be taken (...)* ».

Tickets.com, concurrent de Ticketmaster dans la vente de tickets en ligne, fournissait systématiquement un lien profond vers le site de Ticketmaster permettant ainsi de commander les tickets pour lesquels Ticketmaster avait l'exclusivité. Ticketmaster a introduit une action afin de faire interdire cette pratique de « deep linking ». Un des dix griefs invoqués par Ticketmaster consistait à prétendre que Tickets.com violait ses conditions d'utilisation. Dans sa décision avant dire droit (se prononçant quant à la *Motion to Dismiss of Defendant*), le juge a considéré que Ticketmaster ne prouvait pas la conclusion d'un contrat avec Tickets.com²⁷. En effet, Tickets.com n'avait d'une part pas été obligé d'accepter lesdites conditions par un acte positif, tel un clic sur un bouton « I accept ». D'autre part, il était parfaitement possible pour Tickets.com de consulter les pages du site sans devoir passer par les conditions d'utilisation. L'action de Ticketmaster n'a donc pas abouti pour l'instant.

3. L'influence des moyens techniques

Quelle que soit l'évolution de la jurisprudence concernant les limites à l'autorisation tacite d'établir un lien, il en tout cas clair que la réponse à cette question ne peut être

²⁶ US District Court, Central District of California, 27 March 2000, *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com Inc.*, disponible à l'adresse www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html, consultée le 6 avril 2000.

²⁷ Sur ce point, le juge a prononcé une « motion to dismiss with leave to amend », c'est-à-dire que Ticketmaster pourra maintenir son argument si elle arrive à prouver que Tickets.com avait une connaissance effective des conditions d'usage, ou qu'il existait un contrat tacite entre eux. Le juge ne s'est pas encore prononcé en référé (motion for preliminary injunction) quant à la légalité ou non du *deep linking* de Tickets.com.

donnée qu'à la lumière du contexte technologique, et que cette réponse peut varier dans le temps. Il se pourrait qu'il soit à l'avenir d'autant plus difficile de renverser la présomption d'autorisation tacite que les moyens techniques d'empêcher ou de contrôler l'établissement d'un lien se développent²⁸, avec cette conséquence que celui qui n'a pas eu recours à ces moyens sera supposé avoir consenti à l'établissement des liens. Ainsi, si l'autorisation implicite ne couvre actuellement pas la plupart des cas de liens en profondeur, ni les cas de cadrage ou encore de liens automatiques, cela pourrait évoluer si les techniques permettant d'éviter ces formes de liens se généralisent.

C. La position du titulaire dont les droits sont violés par le site relié

Une question est de savoir si la technique du lien peut porter atteinte à des droits ou des intérêts légitimes du propriétaire du site lié, et dans quelle mesure il a tacitement consenti à l'établissement de liens vers son site ; une autre question qu'il nous faut maintenant envisager consiste à se demander quand un tiers se présentant comme lésé par le contenu du site vers lequel le défendeur a établi des liens peut agir, et sur quelles bases.

Il n'y a ici bien entendu pas de raison de présumer une autorisation de sa part quant à l'établissement d'hyperliens sauf s'il a donné son autorisation expresse à l'égard du fournisseur du contenu mis sur le site lié. Lorsque ce contenu est illicite, le créateur du lien ne pourra faire valoir son droit à la libre expression.

Dans la pondération des intérêts entre le droit à la libre expression et les droits privés de tiers, le contexte technique et factuel s'avère décisif. Les deux cas de jurisprudence suivants illustrent bien la problématique.

IFPI v. Beckers²⁹

En Belgique, un tribunal a jugé qu'un étudiant qui établissait des liens vers des sites contenant des reproductions d'enregistrements musicaux (en fichiers MP3) placés sans autorisation des producteurs, ne pouvait leur opposer son droit à la libre expression.

A propos de la liberté d'expression, le juge a considéré que :

« le défendeur affirme qu'interdire de tels liens constitue une limitation de sa liberté d'expression. L'établissement d'un lien ne représente pas une opinion. La liberté d'expression est d'ailleurs limitée et n'offre pas d'alibi pour commettre un délit » (traduit du néerlandais).

En l'espèce, des éléments de fait démontraient, dans le chef de l'étudiant, une volonté manifeste de promouvoir la copie illégale d'enregistrements musicaux : son site contenait une véritable « discothèque » de liens (plus de 25.000), et le site avait, après une première fermeture suite à la mise en demeure de l'IFPI, été rouvert à

²⁸ Voir à propos de ces moyens techniques, A. STROWEL, "Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet – A propos des hyperliens", A & M, 1998, p. 296-308. On pourrait soutenir l'idée que si le propriétaire du site n'a pas choisi de conditionner l'accès à l'aide de mots de passe ou d'une forme d'enregistrement, il a acquiescé à l'établissement de liens (en surface).

²⁹ Prés. Civ. Anvers (référé), 21 décembre 1999 (IFPI/ Beckers W.), non publié, RG 99/23830. Appel a été interjeté de cette décision.

deux reprises sous d'autres adresses. Par conséquent, le juge a considéré que les liens n'avaient pu être établis qu'en connaissance de cause du caractère illégal des sites vers lesquels ils renvoyaient. Et l'étudiant a été condamné.

Steinhöfel v. Best³⁰

En Allemagne, une solution similaire fut retenue dans un cas de *linking* vers du contenu diffamant.

Dans l'affaire J. Steinhöfel contre M. Best, le demandeur contestait l'établissement par le défendeur de liens à partir de son site (www.emergency.de) vers des informations disponibles en ligne et portant atteinte à son honneur. Malgré le fait que les liens avaient été retirés par le défendeur après mise en demeure, le tribunal condamna le défendeur au paiement de dommages et intérêts. L'action était fondée sur une atteinte au droit à l'honneur, ainsi que sur le droit de la responsabilité délictuelle (art. 823 et 824 du Code Civil allemand, le BGB).

Le défendeur avait en l'occurrence inséré une mention d'exonération de responsabilité sur son site, et prétendait qu'en vertu de la liberté d'expression, on ne pouvait l'empêcher d'offrir au public un ensemble d'opinions (« eine Markt der Meinungen ») relatives au demandeur. Nonobstant l'invocation par le défendeur de l'article 5 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) relatif à la liberté d'expression, le juge a considéré, dans la mise en balance entre l'intérêt lié à la liberté d'expression et celui tenant à la protection de la personnalité, que les informations vers lesquelles pointaient les liens hypertextes allaient au-delà de ce qu'autorise la liberté d'expression. En effet, selon les termes de la décision, le défendeur n'a pas rassemblé, à l'aide des liens, un kaléidoscope d'affirmations (« ein Kaleidoskop von Behauptungen ») permettant d'approfondir une affaire publique et "d'aider ainsi à la recherche de la vérité", mais bien un florilège d'articles injurieux (« Zusammenschau eheverletzender Artikel »). En fait, le défendeur établissait des liens exclusivement vers des articles diffamatoires, de sorte que le tribunal a considéré que le défendeur ne s'en était pas suffisamment distancié, et était donc coupable d'une distribution propre (« eigene Verbreitung »). En conséquence, le défendeur est condamné à payer une somme de 40.000 Deutsche Mark à titre de dommages-intérêts.

Dans les deux cas de jurisprudence précités, on remarque que le contenu des sites vers lesquels renvoyaient les liens était manifestement illicite, que les fournisseurs de liens pouvaient difficilement nier avoir connaissance du caractère (probablement) illicite de ce contenu vu l'existence, notamment, des mises en demeure. A notre sens, la solution pourrait être différente si le caractère illicite du contenu des sites reliés n'est pas flagrant, ou si le fournisseur de liens fait preuve de suffisamment de neutralité et de distance par rapport au contenu relié, la question délicate étant de déterminer à partir de quand il « avalise » ce contenu (question de l'« endossement » en anglais).

§2. Les atteintes causées par l'usage d'hyperliens

La création de liens entre sites web est susceptible de porter atteinte à de multiples droits, parmi lesquels des droits intellectuels ou des droits de la personnalité; dans

³⁰ Landgericht Hamburg, 12 mai 1998, disponible à l'adresse http://www.netlaw.de/urteile/lghh_6.htm, consultée le 20 avril 2000.

d'autres cas, la manière dont certains liens sont établis peut tomber sous le coup de l'interdiction de la concurrence déloyale. Ci-après nous distinguons trois types d'atteintes possibles : les atteintes liées à l'usage du pointeur, les atteintes liées à la technique de linking utilisée et les atteintes causées par le contenu du site relié (points A à C).

A. Les atteintes liées au pointeur

1. Atteinte au droit d'auteur

a) Le pointeur

Dans la plupart des cas, les pointeurs utilisés pour des liens (tant de surface, de profondeur, que de cadrage) reprennent l'adresse du site web avec lequel le lien est établi. Or, ces adresses ne comportent en principe pas d'éléments protégés par le droit d'auteur. Ce sont de pures données qui en tant que telles tombent en dehors de toute protection. La reproduction de ces adresses sous la forme d'un pointeur ne nécessite donc aucune autorisation (il n'est donc même pas nécessaire de se demander si la reprise de ces adresses dans le pointeur constitue une forme de citation exonérée de toute autorisation).

Dans des cas exceptionnels, le pointeur peut être constitué par des éléments bénéficiant d'une protection par le droit d'auteur, par exemple des titres d'articles.

***Shetland Times v. Shetland News*³¹**

Tel fut le cas des liens que le *Shetland News* fournissait vers le site du *Shetland Times*. Dans cette affaire écossaise, le défendeur (Dr. Jonathan Wills) était le directeur d'un service d'information en ligne dénommé *The Shetland News*. Le site du *Shetland News* reprenait sur ses pages les intitulés d'articles publiés dans la version papier du journal *The Shetland Times* et repris dans leur intégralité sur le site web de ce dernier journal. Alors que le site du journal n'était pas financé par la publicité, le site du défendeur comportait, quant à lui, des bannières publicitaires (ce fait est important sur le plan de la concurrence déloyale). L'utilisateur qui interrogeait le site du défendeur pouvait cliquer sur les titres des articles servilement repris au *Shetland Times* et se retrouvait dans le site du *Shetland Times*, à la page où l'article était reproduit.

Une action au provisoire (*for an interim interdict*) pour atteinte au droit d'auteur fut introduite par le journal au motif, notamment, qu'il y avait contrefaçon des titres. Dans son ordonnance du 24 octobre 1996, le juge saisi a considéré qu'il était probable que certains titres soient protégés comme oeuvres littéraires, notamment les titres longs composés de huit mots ou davantage, et qu'en conséquence, il y avait *prima facie* une reproduction illicite (au sens de l'article 17 du *Copyright, Design and Patent Act* de 1988). Dans la pondération des intérêts en cause, le juge mettait en évidence qu'il était essentiel pour le demandeur que son site web soit uniquement accessible si l'utilisateur passe par la page d'accueil.

³¹ *Shetland Times Ltd v. Dr. Jonathan Wills*, Court of Session: Outer House, (1996) Outer House Cases, 24 oct. 1996, GRUR Int. 1998, 723-724.

L'affaire ne s'arrêta pas là: le 11 novembre 1997, date de l'audience d'introduction de l'affaire au fond, les parties signèrent une transaction autorisant le *Shetland News* à réaliser des liens avec les articles du *Shetland Times* en utilisant les titres des articles comme pointeurs sur son site, mais à certaines conditions :

- le lien doit être mis en évidence à l'aide de la légende "*A Shetland Times Story*" apposée à côté du titre de l'article servant de pointeur;
- le logo du *Shetland Times* doit être apposé sur un bouton adjacent au pointeur;
- la légende et le bouton doivent constituer des liens hypertextes vers la page de titre du site du *Shetland Times*.

Cette affaire confirme le principe que "liaisonner"³² est en principe autorisé³³, sauf si le "linking" est réalisé d'une manière préjudiciable au propriétaire du site.

Les images ou autres éléments visuels (logos, etc.) utilisés comme pointeurs sont certainement susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur, et donc pourraient enfreindre ce droit. Tel fut le problème auquel a été confronté le moteur de recherche pour images « Arriba ». Celui-ci utilisait, à titre de pointeurs, des versions réduites des images (« thumbnails ») correspondant au mot introduit dans le moteur de recherche (pour le commentaire de cette décision³⁴, voir ci-après).

b) Une collection d'hyperliens (pointeurs)

b.1 Droit d'auteur

Un autre problème lié non pas à l'établissement d'un lien particulier, mais à la création d'un annuaire de liens doit être abordé.

Si une adresse seule ne peut faire l'objet d'une protection, en revanche, une liste d'adresses web qui serait établie soit de manière raisonnée (cas des annuaires qui sélectionnent des sites ou liens à partir des enregistrements spontanés des responsables de ces sites) soit de manière automatique (cas des moteurs de recherche) pourrait le cas échéant bénéficier d'une protection. Afin d'aborder cette question, la comparaison d'un ensemble d'hyperliens avec un index (ou une bibliographie) est intéressante. Dans un index, l'établissement d'un lien entre une entrée et d'autres mots (servant éventuellement eux-mêmes d'entrées dans l'index) ne peut, en tant que tel, faire l'objet d'une appropriation par le droit d'auteur. Il s'agit là d'une association, donc d'une idée - ne dit-on pas que les idées sont le produit d'associations ? -, qui échappe au droit d'auteur³⁵. Chaque lien représente une information, qui a peut-être une valeur en soi, mais qui n'atteint pas le niveau requis de mise en forme pour être protégée comme œuvre.

³² Pour reprendre un terme français utilisé à propos de l'effet du mortier dans la construction.

³³ En ce sens également: V. MARSLAND, « Shetland Times Web-kinking Litigation Settles on First Day Trial », in 13 The Computer Law Association Bulletin, 1998, n° 1, p. 30.

³⁴ US District Court of California, L. Kelly v. Arriba Soft Corp., 16 December 1999, disponible à l'adresse <http://www.cacd.uscourts.gov/cacd/RecentPubOp.nsf/bb61c530eab0911c882567cf005ac6f9/36b37cf9ff817f07882568490076eb7e?OpenDocument>, consultée le 17 avril 2000; voir ci-après.

³⁵ Si l'on raisonne en droit américain, on dirait qu'il s'agit d'une "découverte" (d'un lien conceptuel), qui en vertu de l'article 102 (b) du *Copyright Act* est exclue du champ de la protection (voir aussi *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. , Inc.*, 111 S.Ct. 1282 (1991): les faits sont exclus de la protection par le copyright en tant que "découvertes").

En revanche, un index considéré dans son ensemble peut être protégé au titre de compilation, en ce que la sélection des mots repris (mais non leur arrangement, en principe alphabétique) peut résulter d'une création originale, ou pour reprendre la formule consacrée, peut constituer une création intellectuelle propre au concepteur de l'index - tous ceux qui ont eu le plaisir inégalable de composer un index savent qu'un tel travail nécessite des choix créatifs. De la même manière, une compilation de liens hypertextes peut bénéficier d'une protection par le droit d'auteur, mais il s'agit nécessairement d'une protection mince, puisqu'elle porte sur l'ensemble (ou une partie substantielle de celui-ci) mais pas sur tel ou tel hyperlien (élément), sauf l'hypothèse déjà envisagée où le pointeur est lui-même une œuvre.

b.2 Droit sui generis

Le même raisonnement peut être tenu sur le plan de la protection des bases de données par le nouveau droit sui generis (consacré en Belgique par la loi du 31 août 1998, transposant en droit belge la directive européenne 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données). Un tel droit qui requiert un investissement substantiel dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données ne portera jamais sur tel ou tel hyperlien, considéré comme élément, mais pourrait s'appliquer à un site-carrefour (par exemple un annuaire (Yahoo) ou un portail) constitué d'une collection d'hyperliens renvoyant à d'autres sites³⁶. Ce qui veut dire que le fabricant de ce site, qui aurait investi de manière substantielle afin de réunir et présenter ces liens hypertextes, aurait le droit de s'opposer à l'extraction et/ou à la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de ce site, par exemple d'un bloc de pointeurs renvoyant vers d'autres pages web. Comme on le voit, si un hyperlien est, à titre individuel, selon l'expression consacrée, de "libre parcours", formule qui prend ici tout son sens, une collection d'hyperliens peut former un ensemble protégé.

Il se pourrait que cette compilation ou liste de liens soit le simple résultat d'une requête adressée à un moteur de recherche. Certains pourraient en ce cas considérer que les conditions de la protection par le droit sui generis ne sont pas remplies, à défaut d'investissement substantiel (au sens de l'article 7 de la directive base de données). Mais le raisonnement doit être poussé plus loin : dans l'hypothèse où la compilation de liens est obtenue automatiquement à l'aide d'un moteur de recherche, donc en définitive d'un logiciel, la présence de l'investissement substantiel sera dépendant de l'importance du travail de développement du logiciel de recherche. On retrouve ici un problème similaire à celui du droit d'auteur sur les œuvres générées par ordinateur, mais sous l'angle nouveau du droit sui generis appliqué aux bases de données générées par logiciel.

2. Atteinte au droit des marques ou à d'autres signes distinctifs

Plusieurs questions se posent.

Premièrement, la création d'hyperliens implique-t-elle l'usage de marques protégées ou d'autres signes distinctifs? C'est le cas si l'établissement du lien se réalise à l'aide de mots, d'images ou de logos enregistrés comme marques. L'hypothèse d'un usage d'une image ou d'un logo demeure l'exception, les pointeurs se composant

³⁶ La liste de liens reprenant les différentes rubriques du site « The Link Controversy Page », cité ci-dessus, bénéficie à notre sens d'une protection par ce droit.

habituellement de l'adresse URL du site relié (sous réserve que des adresses www ont pu être enregistrées comme marques valides). En outre, un nom de domaine de deuxième niveau (qui forme une partie de l'adresse URL, voir ci-dessus) peut être protégé en tant que marque ou nom commercial.

Un nom de domaine pourra aisément bénéficier de la protection des marques si sa partie de second niveau³⁷ est déjà utilisée et enregistrée comme marque indépendamment de l'utilisation et de l'enregistrement du nom de domaine³⁸. De la même façon, l'utilisation d'un nom de domaine comportant le nom commercial d'une entreprise pourrait en Belgique donner lieu à litige sur le fondement de l'article 1382 C. civ. ou de l'article 93 de la loi sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur. En ce qui concerne les noms de domaine nationaux³⁹ (tels que .be, .fr, .de etc), les règles d'attribution des organismes nationaux chargés de l'administration de ces noms de domaine prévoient d'habitude que celui-ci n'est attribué que si le nom proposé constitue déjà une marque ou un nom commercial. L'URL contenant un nom de domaine géographique (cc TLD) reprendra donc en principe la marque ou le nom commercial du titulaire de l'adresse.

Une seconde question relative au droit des marques consiste à se demander quand la reprise du nom de domaine (de la marque) dans le pointeur constitue une atteinte à la marque (au sens de l'article 13 de la loi Benelux sur les marques). Deux questions subsidiaires doivent ici être posées.

Il faut tout d'abord se demander si le signe protégé utilisé comme pointeur sert à désigner des produits et services. La plupart du temps, ce ne sera pas le cas. Dès lors, les hypothèses envisagées à l'article 13, A, 1, a) et b) ne seront pas en cause et seul l'article 13, A, 1, d) de la loi uniforme Benelux sur les marques⁴⁰ pourrait trouver à s'appliquer. Pour qu'il y ait un usage illicite au sens de cette disposition, il faudra établir le bénéfice indû tiré du caractère distinctif de la marque ou le préjudice porté au titulaire de la marque.

Il faudra ensuite savoir s'il y a usage du signe « dans la vie des affaires et sans juste motif » lorsque le nom de domaine est utilisé comme pointeur vers le site d'un tiers.

En ce qui concerne la condition « d'usage dans la vie des affaires », l'utilisation du signe dans la publicité (et un site web peut être tenu pour un support publicitaire) tombe, en droit Benelux, sous cette notion. Plus généralement, dès lors que l'usage de la marque à titre d'hyperlien a lieu dans le cadre du site d'une entreprise ou d'une profession dont l'objet est de réaliser un avantage économique, il y a un usage dans la vie des affaires. Mais il faut souligner que l'utilisation par un tiers d'une marque dans un pointeur ne constitue pas nécessairement un usage dans la vie des affaires. Ainsi, ne constituera pas un usage dans la vie des affaires l'emploi de la marque

³⁷ Dans l'exemple www.nautadutilh.com, le nom de domaine de second niveau est "nautadutilh", et celui de premier niveau est ".com".

³⁸ Voir AIPPI, Yearbook 1998/VI, Congrès de Rio (24-29 mai 1998), Rapport sur la question Q 143, p. 18.

³⁹ L'ICANN les dénomme les ccTLD's (country code Top Level Domain names). Contrairement à ceux-ci, les gTLD's (generic Top Level Domain names), tels que les .com, .org. ou .int, sont attribués sans aucun contrôle préalable, à la seule condition que le nom proposé soit encore disponible (principe du « first come, first serve »).

⁴⁰ Selon cette disposition: *"Le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à tout usage qui dans la vie des affaires et sans motif, serait fait d'une marque ou d'un signe ressemblant autrement que pour distinguer des produits, lorsque l'usage de ce signe tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice"*.

dans un dictionnaire ou un site web de référence à vocation non-commerciale. Beaucoup d'usages de marques dans des hyperliens échappent donc à l'emprise de la loi sur les marques puisqu'ils ne sont pas réalisés afin de se procurer un avantage d'ordre économique.

S'agissant de la condition d'usage « sans juste motif », on reconnaîtra qu'elle sera rarement établie, et qu'il sera donc difficile de plaider l'existence d'une atteinte au sens de l'article 13A, 1, d) de la loi Benelux. En effet, on peut considérer qu'il y a nécessité de faire usage de la marque dans le pointeur pour renvoyer au site relié. C'est la même nécessité et exonération qui joue lorsque d'autres médias sont amenés à faire un usage (justifié) de marques lorsqu'ils traitent d'un sujet donné.

B. Les atteintes liées à la technique de linking

1. Atteintes au droit d'auteur

a) Droits patrimoniaux

Les techniques de linking distinguées ci-dessus ne donnent, à notre sens, pas lieu à des reproductions illicites d'œuvres. En effet, la personne qui établit un lien n'effectue à aucun moment une reproduction du document relié. Les seules reproductions effectuées sont les reproductions temporaires à l'écran de l'internaute qui active le lien⁴¹. En cas de lien automatique, la situation n'est pas différente, à cela près que ce n'est pas l'internaute mais le navigateur seul qui active le lien.

Ce principe a été confirmé par différentes décisions :

« hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act (...) since no copying is involved »⁴².

Une nuance doit être apportée pour la technique du framing. En effet, en droit américain, la question de savoir si l'assemblage des éléments du site relié (protégés par le droit d'auteur) avec le cadre du site du fournisseur du lien peut constituer une œuvre nouvelle (« derivative work⁴³ » ou « compilation⁴⁴ ») est controversée.

On peut par contre se demander si la fourniture d'un hyperlien n'équivaut pas à une communication au public, dans le sens retenu par les traités de l'OMPI du 20 décembre 1996, à savoir « la mise à disposition du public d'une œuvre de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». A notre sens, cela ne sera pas le cas : l'œuvre étant

⁴¹ Selon toute vraisemblance, ces reproductions temporaires à des fins de browsing seront exemptées du droit de reproduction par l'article 5.1 de la future directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁴² Dans *Ticketmaster v. Tickets.com* (voir supra) ; voir aussi *IFPI v. T. Olsson*, et la décision de la Commission du droit d'auteur Canada du 27 octobre 1999, toutes trois commentées dans cette contribution.

⁴³ Ce moyen a été soulevé par un demandeur dans une affaire de framing. Sans trancher la question, le juge a toutefois considéré, avant dire droit (se prononçant sur la Motion to Dismiss of Defendants), qu'une telle qualification n'était pas exclue. *US District Court of California*, 30 January 1998, *Futuredontics Inc. v. Applied Anagramics Inc.*, disponible à l'adresse <http://eon.law.harvard.edu/property/metatags/1998futu.html>, consultée le 18 avril 2000.

⁴⁴ Ce moyen a été soulevé par le demandeur dans *Imax corp. v. Showmax Inc.*, Cour fédérale du Canada, 18 janvier 2000, disponible à l'adresse <http://www.fja.gc.ca/en/cf/2000/orig/html/2000fca25888.o.en.html>, consultée le 18 avril 2000. La Cour a condamné le défendeur, sans toutefois se prononcer sur cette question.

déjà disponible à l'adresse web du site relié au bénéfice de l'ensemble de la communauté des internautes, il ne peut être question d'une nouvelle mise à disposition du public. En effet, le lien n'élargit pas le public de l'œuvre : ceux qui vont avoir accès à l'œuvre suite à l'activation du lien pouvaient aussi directement consulter cette page (à condition d'en connaître l'URL). Juger qu'il y a une nouvelle communication au public ne paraît pas justifié (et causerait des difficultés importantes en termes de gestion de ce droit).

Une autre question, et nous l'aborderons plus loin, est de savoir s'il peut être question de complicité à la mise à disposition de l'œuvre effectuée par l'exploitant du site relié (voir « Complicité à une atteinte au droit de communication au public par le site relié »).

Toutefois, en matière de liens automatiques, il faut être plus prudent. En effet, dans un tel cas, l'internaute ne prend pas conscience qu'il consulte un document qui provient en fait d'un autre site. À l'égard des visiteurs, le fournisseur d'un hyperlien automatique donne en tout cas l'impression que c'est lui qui communique l'œuvre au public ; il s'avère plus facile de mettre en œuvre la responsabilité du fournisseur de lien automatique, dans la mesure où il « ratifie » assez clairement le contenu relié, qui se trouve quasiment intégré à son site par l'effet du lien automatique.

Copyright Board of Canada⁴⁵

Cette question a déjà fait l'objet de débats au sein de la Commission du droit d'auteur du Canada. Les circonstances étaient les suivantes : dans le cadre d'une procédure administrative typique au système de droit d'auteur canadien, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) a soumis à cette Commission, pour approbation, ses projets de tarifs pour l'exécution publique par télécommunication d'œuvres musicales, visant principalement la transmission d'œuvres par Internet. Après consultation des milieux intéressés, cette Commission a, par une première décision du 27 octobre 1999, déterminé quelles activités sur Internet constituaient des actes soumis au paiement de droits d'auteur⁴⁶. En matière de communication au public, la Commission a opéré une distinction intéressante entre les liens automatiques (assimilables à un acte de communication au public), et les autres types de liens (n'impliquant pas de communication au public) :

« La personne qui crée un lien intégré [lire : automatique] qui renvoie à une œuvre autorise la communication de celle-ci. La personne qui ne fait que fournir un lien que l'utilisateur doit activer ne l'autorise pas. » (loc.cit., p. 27)

« 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. Toutefois, le fournisseur de contenu qui inclut dans une page web un lien automatique chargé d'effectuer la transmission d'une œuvre musicale vers le destinataire, sans autre intervention de la part de ce dernier, se présente comme responsable du matériel qui se trouve sur les sites chaînés et en

⁴⁵ Commission du droit d'auteur Canada, 27 octobre 1999, disponible à l'adresse <http://www.droit.umontreal.ca/doc/cbccda/1999cda1027.pdf>, consultée le 17 avril 2000; à notre connaissance, un recours en cassation (judicial review) a été introduit.

⁴⁶ Une deuxième décision devra déterminer quelles seront les entités tributaires des tarifs, et d'après quelle structure tarifaire.

autorise la communication. Cela vaut même en l'absence de relations d'affaires entre lui et le propriétaire des sites chaînés. En créant de tels hyperliens automatiques, le propriétaire du site se constitue 'partie ayant un intérêt dans (la communication) en garantissant le droit (de communication)' » (loc. cit., p. 48).

Kelly v. Arriba⁴⁷

La pratique des moteurs de recherche pour images a donné lieu aux Etats-Unis à une décision bien motivée à propos de la responsabilité des moteurs de recherche pour les hyperliens qu'ils fournissent comme résultats d'une recherche.

Dans cette affaire, le moteur de recherche pour images « Arriba » (actuellement disponible à l'adresse www.ditto.com) permettait de rechercher des images sur Internet, au départ de mots introduits au choix du visiteur. Les images, résultats de sa recherche, lui étaient présentées sous format réduit, à savoir en forme de « thumbnails » (littéralement, de la taille d'un « ongle de pouce »). Ces photos en réduction faisaient également office d'hyperliens. En cliquant sur un « thumbnail », l'image (située sur le site web d'un tiers) était extraite du site original et présentée à l'internaute dans une nouvelle fenêtre, en grandeur originale et avec quelques spécifications, dont l'adresse URL du site contenant l'image. L'adresse URL ainsi présentée faisait également office d'hyperlien vers la page contenant l'image. La mise en page du site d'origine dans lequel était intégré l'image n'était donc pas présentée à l'internaute⁴⁸.

Ce cas combinait différentes questions adressées dans la présente contribution : premièrement, l'image reliée n'était pas représentée dans son cadre d'origine, ni intégrée au cadre d'Arriba, mais bien dans une nouvelle fenêtre (il s'agit donc d'une variante de framing) ; deuxièmement, les adresses URL mentionnés et faisant office d'hyperliens renvoyaient à la page contenant l'image, et pas nécessairement à la page d'accueil du site (il s'agit donc d'un cas de deep linking) ; troisièmement, Arriba utilisait l'image à titre de pointeur (possible atteinte liée au pointeur) ; quatrièmement, l'image était isolée de son contexte d'origine pour être présentée dans une fenêtre neutre, seulement accompagnée d'informations d'ordre technique (possible atteinte au droit moral).

Le demandeur, un photographe qui possédait son propre site, et dont au moins 35 photos étaient indexées par Arriba, s'opposa à l'usage qu'Arriba faisait de ses œuvres, sur pied de son droit d'auteur. Remarquons qu'Arriba n'a pas contesté l'allégation selon laquelle elle reproduisait et affichait (« displayed ») les photos du demandeur. Ce point est assez surprenant puisque, comme nous venons de le voir, il est généralement admis qu'en établissant un lien, son fournisseur n'effectue ni une reproduction, ni une communication au public de l'œuvre (sous réserve de ce qui

⁴⁷ US District Court, Central District of California, L. Kelly v. Arriba Soft Corp., 16 December 1999, disponible à l'adresse <http://www.cacd.uscourts.gov/cacd/RecentPubOp.nsf/bb61c530eab0911c882567cf005ac6f9/36b37cf9ff817f07882568490076eb7e?OpenDocument>, consultée le 17 avril 2000.

⁴⁸ Dans une version ultérieure de son moteur de recherche, Arriba faisait apparaître deux fenêtres en réponse à l'activation du « thumbnail » : l'une contenant l'image et les spécifications (comme auparavant), et l'autre contenant la page web originale sur laquelle figurait l'image trouvée. Cet élément a joué en faveur d'Arriba dans l'appréciation par le juge des éléments de « fair use ».

vaut pour les liens automatiques (voir *supra*) qui n'étaient pas en cause dans cette affaire).

Arriba invoquait comme défense le bénéfice de l'exception de « fair use » (art. 107 du Copyright Act).

Dans son argumentation, le juge a considéré que plusieurs éléments en faveur d'un cas de « fair use » étaient réunis.

Premièrement, il s'agissait d'un « usage transformatif » des photos (« transformative use »), critère dégagé par la Cour Suprême pour définir une parodie loyale⁴⁹ :

« Defendant's use is very different from the use for which the images were originally created. Plaintiff's photographs are artistic works used for illustrative purposes. Defendant's visual search engine is designed to catalog and improve access to images on the Internet. The character of the thumbnail index is not esthetic, but functional ; its purpose is not to be artistic, but to be comprehensive. ».

Deuxièmement, le juge a été sensible à l'argument avancé par Arriba, selon lequel les hyperliens produits par son moteur de recherche augmentaient le nombre de visites du site du photographe, ce qui implique que le dommage économique (quatrième facteur du « fair use » de l'article 107 de la loi américaine sur le copyright) n'était pas établi.

Quant à l'importance de la reprise de l'œuvre première, en l'espèce reprise dans son intégralité mais sous un format réduit (« thumbnail »), le juge a considéré que cette pratique semblait raisonnablement justifiée eu égard à la finalité d'indexation du moteur, mais que, pour ce qui est de la présentation des photos en grandeur originale dans une nouvelle fenêtre, cette pratique n'était pas indispensable pour la finalité de recherche d'information poursuivie par le moteur de recherche.

Dans la balance des intérêts finale, le juge a considéré que les différents éléments précités plaidaient en faveur d'Arriba. On notera que le juge a souligné l'importance déterminante des moteurs de recherche pour Internet, pour finalement autoriser l'usage des photos fait par Arriba :

« The first and fourth factors (...) weigh in favour of a fair use finding because of the established importance of search engines and the « transformative » nature of using reduced versions of images to organise and provide access to them. (...) Defendant never held Plaintiff's work out as its own, or even engaged in conduct specifically directed at Plaintiff's work. Plaintiff's images were swept along with two million others available on the Internet, as part of Defendant's efforts to provide its users with a better way to find images on the Internet. Defendant's purposes were and are inherently transformative, even if (the) realisation of those purposes was at times imperfect. Where, as here, a new use and new technology are evolving, the broad transformative purposes of the use weighs more heavily than the inevitable flaws in its early stages of development ».

⁴⁹ *Acuff-Rose Music, Inc. V. Campbell*, 114 Supreme Court Reporter 1164 (1994).

A supposer qu'une telle pratique constitue un acte de communication au public ou de reproduction, l'usage des photos en format réduit ne remplirait pas, en droit belge (et sans doute français), les conditions nécessaires pour pouvoir bénéficier d'une exception au droit d'auteur : la finalité de l'usage des photos fait par Arriba ne fait pas partie de celles permettant la citation (permise seulement dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement), ni de celles qui permettent l'usage d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements d'actualité (art. 21 et 22 de la loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins, ci-après « LDA »).

b) Droits moraux

Il paraît clair que l'établissement d'hyperliens de cadrage et de liens automatiques peuvent porter atteinte au droit moral d'intégrité de l'auteur, et ce dans deux cas : si l'intégralité du contenu du site relié n'est pas accessible à l'internaute ou si l'environnement de l'œuvre placée sur le site relié est modifié d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur (art. 6 bis de la Convention de Berne ou art. 1er, §2, al. 7 LDA). Examinons ces deux hypothèses.

Si le lien n'est établi qu'avec une portion du site relié, l'auteur du document lié pourrait éventuellement se prévaloir d'une dénaturation ou d'une altération, et donc d'une atteinte à son droit moral au respect de l'œuvre⁵⁰. Cela est le cas avec le framing, où le cadre du site établissant le lien remplace celui du site relié, ainsi qu'avec les liens automatiques, qui ne reprennent qu'un élément du site relié.

Même si la reprise d'un élément n'est pas considérée comme portant atteinte au droit à l'intégrité de l'auteur, l'insertion d'une œuvre du site relié dans un autre site par un lien automatique ou par un cadrage peut encore constituer une atteinte au droit moral de l'auteur, plus précisément lorsque le contexte du site établissant le lien porte préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Ainsi, United Media, qui possède les droits sur la bande dessinée « Dilbert », a un jour constaté qu'un lien automatique avait pour effet de reproduire une image de cette bande dessinée sur un site du Ku Klux Klan⁵¹.

Les jurisprudences belge⁵² et française⁵³ ont déjà considéré que certains usages électroniques ayant pour effet de couper le lien entre l'article de presse et le journal qui l'héberge pouvaient porter atteinte aux intérêts personnels et moraux du journaliste ; le même raisonnement pourrait s'appliquer au cadrage qui isole un contenu de son environnement graphique et idéologique en ligne.

2. Atteintes au droit sui generis

S'il est difficile de considérer que le fournisseur d'un lien porte directement atteinte aux droits d'auteur (voir supra), il n'en est pas de même en ce qui concerne les droits du producteur d'une base de données, particulièrement en cas de framing et de liens automatiques. En effet, pour autant que l'exploitant d'un site puisse démontrer que l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu de son site atteste un

⁵⁰ Voir L. CARRIERE, loc. cit., p. 484 et les références citées.

⁵¹ Cité par L.A. STANGRET, loc. cit., p. 207.

⁵² Cour d'appel de Bruxelles, 28 octobre 1997, A & M, 1997, p. 383.

⁵³ Voir B. Hugenholtz.

investissement qualitativement ou quantitativement substantiel (article 7 de la directive base de données), il pourra s'opposer à :

- toute extraction et/ou réutilisation de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de ce contenu par des tiers ;
- toutes extractions et/ou réutilisations répétées ou systématiques de parties non substantielles de ce contenu, lorsqu'elles sont contraires à une exploitation normale de la base de données ou causent un préjudice injustifié à ses intérêts légitimes (article 4 de la loi belge de transposition du 31 août 1998).

Deux décisions illustrent déjà la possibilité d'appliquer ce nouveau droit sui generis au phénomène du framing.

Dans la première affaire, un juge allemand a considéré que les conditions de protection n'étaient pas remplies par le site relié, et dans la deuxième affaire, le juge hollandais a considéré que le fournisseur du lien commettait des réutilisations répétées et systématiques illicites de parties non substantielles du contenu du site relié.

Bau-markt.de v. baumarkt.de⁵⁴

Dans cette affaire, le demandeur exploitait un site (www.bau-markt.de) où des sociétés, actives dans le secteur du bâtiment, pouvaient, contre rémunération, placer des publicités. Le défendeur exploitait un site d'information (www.baumarkt.de), également lié au secteur du bâtiment, et avait établi des liens cadre (framing) vers des pages du site du demandeur. Le demandeur s'opposait à la présence des liens cadre sur base de son droit d'auteur, de son droit sui generis, de son droit au nom et du droit de la concurrence.

De manière surprenante, la Cour d'appel de Düsseldorf a considéré que le demandeur ne pouvait prétendre ni à la protection par le droit d'auteur, ni à celle par le droit sui generis.

Les données placées sur le site du demandeur (présentation publique pour des sociétés du secteur du bâtiment) ont été qualifiées de données à caractère informatif donc exclues du bénéfice de la protection par le droit d'auteur. Vu que ces données lui étaient fournies par ses clients d'après un format standardisé par le demandeur, la cour a considéré que le demandeur n'avait pas non plus fourni les investissements substantiels dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu, nécessaires pour faire naître le droit de producteur de base de données dans son chef. Le grief quant à la concurrence déloyale n'ayant pas non plus été retenu, le framing a été admis.

A notre sens, cet arrêt est critiquable : si l'on peut admettre que des hyperliens augmentent les visites d'un site et donc servent les intérêts des annonceurs du site relié, il ne nous paraît pas justifié d'utiliser à cette fin la technique du framing, alors que des liens en surface ou même en profondeur (en cas de nombre élevé de pages) permettraient d'obtenir le même résultat. La cour semble faire bien peu de cas des intérêts du demandeur : n'oublions pas qu'en cas de framing, l'internaute n'a

⁵⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, 29 juin 1999, disponible aux adresses www.netlaw.de, et www.baumarkt.de, consultées le 9 avril 2000.

pas la possibilité de connaître les références (adresse web) du site relié. En perdant ainsi la possibilité de se faire connaître auprès de l'internaute, le demandeur (le responsable du site relié) subit un manque à gagner.

KPN v. XSO⁵⁵

Dans cette affaire, la base de données en cause était l'annuaire téléphonique de l'opérateur télécom néerlandais KPN. KPN exploitait celle-ci off-line tant sous forme d'annuaire papier, et de CD-Rom, que sur son site www.detelefoongids.nl. La société XSO opérait un site, www.i-telgids.nl, qui permettait de consulter plusieurs bases de données téléphoniques, y compris celle de KPN. Quand un internaute demandait des données d'un annuaire KPN via le site d'XSO, ce dernier transmettait la demande au site de KPN, et présentait les résultats fournis par le site KPN comme provenant de son propre site (cas de framing). Tout ceci avait lieu sans autorisation de KPN et à l'insu de l'internaute.

La décision est très intéressante en ce qu'elle précise ce que couvre le droit d'interdire la « réutilisation » d'une base de données. Le tribunal constata en effet que, vu qu'à aucun moment une copie des résultats de recherche n'était effectuée sur le serveur du site de XSO, il n'y avait pas « d'extraction » des données (le pendant du droit de reproduction en droit d'auteur). Par contre, le juge a considéré que par sa technique, XSO « réutilisait » (le pendant du droit de communication au public en droit d'auteur) de manière répétée et systématique des parties non substantielles de la base de données de KPN. En effet, même si, en cours d'instance, XSO avait modifié son service de sorte que le nombre de résultats présentés à l'internaute par recherche effectuée était limité à 10 (pour les pages blanches) ou à 25 (pour les pages roses), le juge a justement estimé qu'il suffisait d'effectuer cette opération de manière répétée et systématique pour arriver à copier l'ensemble ou une partie substantielle de la base de données de KPN. Par ailleurs, le juge a décidé que le framing utilisé par XSO diminuait les revenus liés à la location des espaces publicitaires du site de KPN, et était donc contraire à une exploitation normale de la base de données.

3. Atteintes au droit de la concurrence

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, le fournisseur du lien qui a pour effet que les internautes sont conduits vers une autre page que la page d'accueil du site relié (deep links) ou ne visionnent pas les publicités présentées sur le site relié (framing), porte atteinte aux intérêts économiques de l'exploitant du site relié.

Dans les affaires américaines commentées ci-après, l'action en justice est (entre autres) fondée sur l'existence d'un acte de concurrence déloyale (ou, plus exactement, parasitaire dans la terminologie civiliste), puisque tant le "*framing*" (affaire *TotalNews*) que le "*deep linking*" (affaire *Ticketmaster*) ont pour effet de priver de revenus publicitaires (liés au nombre de "hits" sur la homepage) les sites avec lesquels un lien est établi. On peut s'attendre à ce que les parties demanderessees dans des affaires d'hyperliens profonds et d'hyperlien cadre invoquent le droit de la concurrence déloyale ("unfair competition" aux Etats-Unis ou "passing-off" au Royaume-Uni), qui varie sensiblement de pays à pays.

⁵⁵ Arrondissementsrechtbank 's Gravenhage, 14 janvier 2000, disponible à l'adresse <http://www.rechtspraak.nl>, sous le ELRO-nummer AA 4712, consultée le 20 avril 2000.

Tel fût le cas en Allemagne dans l'affaire « weyhe-aktuell.de v. weyhe-online.de »⁵⁶, où le juge a considéré que l'établissement par le défendeur de liens cadres (qui étaient par ailleurs des liens de profondeur dans certains cas) vers les pages du demandeur, constituait un acte de concurrence déloyale (« unlautere Wettbewerb »), notamment parce que suite à l'usage de cette technique, l'adresse Internet du site relié n'était pas visible pour l'internaute.

En Belgique, l'on sait que la jurisprudence est réticente à admettre la concurrence parasitaire, qui ne suppose pas l'existence d'un risque de confusion, mais un comportement illégitime consistant à profiter du travail d'autrui sans devoir en supporter le coût. Ces formes de "détournement d'investissements" devraient cependant pouvoir être sanctionnées dans certains cas sur pied de la loi sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur du 14 juillet 1991, notamment lorsqu'il y a *framing* ou *inlining*, puisque ces types de lien engendrent la confusion dans le chef de l'utilisateur qui ne sait plus quel site lui fournit l'information apparaissant à l'écran.

Les deux affaires suivantes illustrent, pour la première, un cas de liens cadres, et pour la deuxième, un cas de liens profonds.

Washington Post v. Total News

La société *Total News* avait développé un site qui était essentiellement une collection de liens⁵⁷ avec plus de 1.200 sites d'information accessibles en ligne, parmi lesquels les sites de journaux, magazines et réseau TV, tels que le *Washington Post*, le *Wall Street Journal*, *Time Magazine*, *Newsweek*, *CNN*. Plus exactement, le contenu des sites de ces journaux était inséré dans le cadre, le *frame* du site de *Total News* (c'était donc l'URL de *Total News* et non des sites liés qui apparaissait à l'écran).

Le *Washington Post* et six autres sociétés visées ont invoqué le fait que le *linking* constituait "l'équivalent pour Internet du piratage de matériel protégé par le copyright". Les autres arguments invoqués étaient l'atteinte à la marque, la dilution de la marque, ainsi que la "*misappropriation*", c'est-à-dire l'existence d'un comportement parasitaire. Le reproche majeur était en effet que *Total News* ne fournissait aucun contenu propre, mais avait créé un site parasite qui republiait les nouvelles et le contenu d'autres sites afin d'attirer sur son site à la fois les usagers et les annonceurs.

Cette affaire s'est soldée par une transaction conclue en juin 1997. Selon les termes de celle-ci, *Total News* renonce à "encadrer" les sites des demandeurs, mais conserve le droit d'établir des liens HREF avec ces sites, à condition d'utiliser les noms des sites liés en toutes lettres (et éventuellement mis en évidence), mais sans avoir le droit d'utiliser le logo des sociétés ayant agi en justice. De plus, cette autorisation est provisoire puisque chaque société peut révoquer son autorisation à condition de respecter un préavis de 15 jours.

⁵⁶ Oberlandesgericht Celle, 12 mai 1999, disponible à l'adresse <http://www.online-recht.de/vorent.html?OLGCelle990512>, consultée le 18 avril 2000.

⁵⁷ En ce cas, la protection par le droit d'auteur du site qui constitue une compilation de liens peut aussi se poser: voir infra.

Ticketmaster v. Microsoft

Dans la première affaire (*Ticketmaster v. Microsoft*) (pour *Ticketmaster v. Tickets.com*, voir ci-dessus) introduite par Ticketmaster, cette dernière société s'opposa déjà à des liens profonds établis vers son site. *Microsoft* a créé des sites contenant des guides de villes, à l'instar du site <http://seattle.sidewalk.com>. Ce site, au coeur du litige, contient de l'information sur les spectacles, restaurants, etc. de la ville. *Ticketmaster* dispose également d'un site en ligne, à partir duquel il est possible de commander des tickets pour des événements culturels ou autres qui se tiennent en ville. Après avoir cherché à conclure un contrat de promotion réciproque impliquant notamment que leurs sites respectifs soient liés, *Microsoft* a inclus dans son site une série de liens vers celui de *Ticketmaster*.

Ticketmaster s'est opposé, par une action introduite le 28 avril 1997, au maintien de ces liens dans la mesure où le lien conduit d'abord l'utilisateur non pas à la page d'accueil de *Ticketmaster*, mais à des pages ultérieures, alors que les bannières publicitaires importantes se trouvent sur la page d'accueil. De plus, *Ticketmaster* reprochait à *Microsoft* d'utiliser sa marque et son nom commercial afin d'attirer les annonceurs.

Les parties ont mis fin à leur litige par une transaction le 22 janvier 1999, en vertu de laquelle *Microsoft* se contente d'établir des liens avec la seule page d'accueil de *Ticketmaster*.

C. Les atteintes causées par le contenu du site relié (ou du site établissant le lien)

Peut-on être tenu responsable pour avoir établi un lien vers un site qui contient du contenu illicite ? La réponse à cette question est difficile.

Le premier et principal responsable est l'exploitant du site (relié) contenant le contenu illicite. Il suffit donc de faire retirer le contenu illicite du site relié pour que le lien cesse par la même occasion de renvoyer vers du contenu illicite. Par contre, si on supprime uniquement l'hyperlien, cela n'empêchera pas le contenu illicite de rester accessible via l'adresse web du site relié. En s'attaquant au fournisseur de lien, on frappe donc en quelque sorte à la mauvaise porte.

Mais en droit commun de la responsabilité civile, l'existence d'une responsabilité dans le chef de l'auteur principal d'une infraction (l'exploitant du site relié) n'exclut pas une possible responsabilité dans le chef de son complice (le fournisseur de lien). Pour pouvoir condamner le linking, il faudrait donc pouvoir admettre une complicité (par le créateur du lien) à une infraction première à des droits de tiers (par l'exploitant du site relié).

En pays de droit civil, la notion de complicité est une notion trouvant principalement son application en matière pénale. Pour des litiges civils, la notion de complicité n'est retenue que dans des cas d'application bien spécifiques (comme par exemple dans le cadre de la théorie de tierce complicité à une violation d'obligation contractuelle).

Peut-on considérer qu'en fournissant les coordonnées (par le biais du lien) d'un lieu virtuel (le site relié) où des délits sont commis, on se rend complice d'un tel délit ?

Commet-on par ce même fait une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? A-t-on le devoir de s'abstenir de fournir des informations sur des sites au travers desquels des délits sont (peut-être) commis ?

Un des éléments de réponse à ces questions réside dans la nature de la disposition légale violée par le site relié.

Par exemple, la théorie de la complicité trouvera à s'appliquer en matière de marques (dans un pays comme la Belgique). En effet, l'article 13, A, 1, de la loi uniforme Benelux sur les marques (ci-après LUB), énumérant les prérogatives du titulaire de la marque, déclare expressément qu'il s'applique « sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile (...) ». Il en résulte que le titulaire de la marque peut compléter la protection qui lui est accordée à travers la loi spécifique sur les marques, par les règles de droit commun en matière de responsabilité civile, y compris la théorie de la tierce complicité.

En revanche, on peut se demander si la théorie de la tierce complicité s'appliquera en matière de droits d'auteur et de droits voisins. En effet, la LDA énumère de manière limitative les prérogatives de l'auteur et des titulaires de droits voisins. On peut considérer que le législateur, s'il avait voulu sanctionner la complicité à des atteintes aux droits d'auteur ou aux droits voisins, aurait expressément prévu cette hypothèse dans la LDA, ou aurait du moins, comme dans la LUB, permis l'application du droit commun dans cette matière.

Voyons comment la jurisprudence résout la question dans des cas d'atteintes aux droits d'auteur, aux droits de la personnalité, et de violation du secret d'affaires.

1. Atteintes aux droits d'auteur

a) Complicité à une atteinte au droit de communication au public par le site relié/à une atteinte au droit de reproduction par l'internaute

Nous avons vu que, techniquement, le linking n'implique pas de reproduction au sens du droit d'auteur, en tout cas dans le chef de celui qui crée le lien ; on peut considérer que l'internaute, en activant le lien, réalise des reproductions temporaires. Dans son cas, ces actes seront permis en vertu de l'exception pour reproduction temporaire prévue à l'article 5, 1 de la directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Par conséquent, le fournisseur du lien ne saurait être complice de l'internaute-surfeur (qui ne commet aucune atteinte).

Le fait que l'exploitant d'un site contenant des contrefaçons porte atteinte au droit de communication au public de l'auteur n'est en revanche pas contestable. Peut-il être question de complicité à cette atteinte ? Sur cette question, sans doute la plus controversée en matière de linking, des solutions diamétralement opposées ont été adoptées par la jurisprudence.

***Mormon Church v. Utah Lighthouse Ministry*⁵⁸**

⁵⁸ US District Court of Utah, 6 December 1999, *Intellectual Reserve Inc. v. Utah Lighthouse Ministry Inc.*, disponible à l'adresse www.utlm.org/images/courtcase/preliminaryinjunctionorder_p1.gif, consultée le 28 décembre 1999. Appel de cette décision fût interjeté le 24 décembre 1999.

Dans l'affaire de l'Eglise mormon, la « Utah Lighthouse Ministry » et les époux Tanners (fondateurs de cette association) exploitaient un site web, sur lequel ils avaient, dans un premier temps, hébergé des textes mormons sans l'autorisation des ayants droit (la « Intellectual Reserve Inc. », titulaire des droits d'auteur sur les textes de l'Eglise mormon). Après mise en demeure par cette dernière, ils avaient consenti à retirer les textes litigieux, mais avaient ensuite cité sur leur site les adresses de trois autres sites (donc pas d'hyperliens) où se trouvaient les textes litigieux précédemment retirés de leur site.

Dans un premier temps, le juge déclara que les exploitants des trois sites web (qui n'étaient pas à la cause) contenant les textes litigieux, portaient bien atteinte aux droits d'auteur de l'Eglise. A la question de savoir si les défendeurs avaient incité, causé, ou matériellement contribué (« contributory » liability) à cette atteinte par la fourniture de trois adresses de sites, le juge répondit par la négative, au motif que :

« The evidence now before the court indicates that there is no direct relationship between the defendants and the people who operate the three web sites. The defendants did not provide the web site operators with the plaintiff's copyrighted material, nor are the defendants receiving any kind of compensation from them. The only connection between the defendants and those who operate the three web sites appears to be the information defendants have posted on their web site concerning the infringing sites. Based on this scant evidence, the court concludes that plaintiff has not shown that defendants contributed to the infringing action of those who operate the infringing web sites ».

Il est intéressant de noter que parmi les éléments de fait retenus par le juge pour conclure à l'absence de « contributory infringement », on trouve le fait que les défendeurs n'ont pas fourni les textes litigieux aux tiers exploitant les sites contenant le matériel litigieux, et qu'ils ne tirent aucun profit de ces mêmes sites. Le juge américain considère donc que la fourniture d'adresses URL, renvoyant vers des sites de tiers contenant des contrefaçons, ne constitue pas un acte de tierce complicité à l'infraction commise par ces tiers.

Dans un deuxième temps, le juge américain a quand même condamné les défendeurs, au motif qu'ils étaient complices des reproductions temporaires illicites effectuées par les internautes amenés à consulter (actes dits de « browsing ») les textes litigieux à l'aide des hyperliens. Pour arriver à une telle conclusion, le juge a bien sûr dû décider que les reproductions temporaires (« transitory reproductions ») d'une œuvre violaient les droits d'auteur. Toute la question est de savoir si, en Europe, de telles reproductions seront exonérées par l'article 5.1. de la directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

De lege lata, en Belgique, un autre argument pourrait, à notre sens, être invoqué à l'encontre d'une action pour complicité à la réalisation de reproductions temporaires effectuées par les internautes : l'exception pour usage privé⁵⁹.

⁵⁹ Ce moyen de défense a été utilisé avec succès dans l'affaire IFPI v. T. Olsson, voir ci-après.

IFPI v. T. Olsson⁶⁰

Le bénéfice de l'exception pour usage privé fût d'ailleurs accordé à un fournisseur de lien par la cour d'appel de Göta, en Suède.

Dans cette affaire, Tommy Olsson fut poursuivi au pénal par l'IFPI pour avoir fourni des hyperliens vers des sites contenant des fichiers MP3 présumés illicites. T. Olsson n'avait donc pas stocké sur son propre site les fichiers MP3 présumés illicites.

Après avoir constaté que, lors du télé-déchargement d'un fichier MP3 par un internaute, aucune copie des fichiers MP3 n'était réalisée par T. Olsson sur un support physique (y compris sur son disque dur), la cour décida que T. Olsson n'était pas coupable de distribution illicite de phonogrammes, et qu'il ne commettait aucune violation au sens de la loi suédoise sur le droit d'auteur.

Le tribunal qui s'était prononcé sur l'affaire en première instance⁶¹ avait laissé la porte ouverte à une éventuelle condamnation de T. Olsson pour chef de complicité à une violation de droit d'auteur, sans toutefois se prononcer sur la question (le ministère public ayant omis d'invoquer ce fondement). En matière de complicité, la cour d'appel distingua (comme dans l'affaire Mormon Church v. Utah Lighthouse Ministry) deux chefs d'accusation possibles. Premièrement, pouvait-on déclarer T. Olsson coupable de complicité à l'égard de la communication au public illicite commise par les exploitants des sites reliés ? A cet égard, la cour d'appel jugea que, puisqu'il n'était pas établi que les fichiers MP3 étaient des contrefaçons aux yeux de la loi sur le droit d'auteur s'appliquant aux sites hébergés à l'étranger, on ne pouvait condamner T. Olsson pour complicité. Deuxièmement, pouvait-on condamner T. Olsson pour complicité avec la reproduction des fichiers MP3 par les internautes qui télé-déchargeaient ces fichiers ? A cet égard, la cour considéra à juste titre que, puisqu'il n'était pas démontré que ces copies ne pouvaient pas bénéficier de l'exception pour usage privé, T. Olsson ne pouvait pas non plus être condamné pour complicité à la reproduction illicite de phonogrammes.

IFPI v. Beckers

Dans cette décision⁶², le président du tribunal civil d'Anvers (siégeant en référé) a considéré que le fournisseur de liens vers des sites contenant des MP3 mettait les moyens à la disposition de l'internaute pour lui permettre de commettre une atteinte aux droits voisins des producteurs de disques. Le juge a considéré que :

« Un lien n'est pas une simple note en bas de page. En activant un lien, on obtient l'accès à un site. Pour accéder à un site, il faut pouvoir le localiser et l'activer. L'établissement d'un lien a précisément comme but de fournir ce service au candidat usager. En l'espèce, le défendeur a eu l'intention d'établir des liens vers des sites qui permettent de télécharger de la musique de manière illégale, à savoir sans avoir à payer au titulaire des droits d'auteur. Le

⁶⁰ Göta, Cour d'appel, 27 décembre 1999, IFPI v. T. Olsson, non-publié, nr. B 1009/99.

⁶¹ Tingsrätt Skövde, 15 septembre 1999, IFPI v. T. Olsson, non-publié, nr. B 824-99.

⁶² Voir notre commentaire ci-dessus, sous le point "La position du titulaire dont les droits sont violés par le site relié".

téléchargement de morceaux de musique qui sont protégés par un droit d'auteur constitue un délit. Cela est même considéré comme illégal par le défendeur. La fourniture de liens – en l'espèce une véritable discothèque de liens – sur un site web a pour but d'assister le candidat usager et de lui fournir la clef nécessaire pour télécharger illégalement de la musique. Le fournisseur d'une telle clef rend un délit directement possible et est responsable de ce fait. Le fait qu'il soit possible de commettre ce délit par d'autres voies, et qu'un pirate ne doive pas nécessairement suivre la voie proposée par le défendeur – il y a effectivement beaucoup de voies qui mènent à des MP3 – ne diminue ou n'exclut pas la responsabilité de celui qui met telle ou telle voie à disposition du public » (traduit du néerlandais).

Même s'il n'utilise pas expressément le terme de « tierce complicité », le juge applique la théorie de la complicité du fournisseur de lien aux actes de reproduction commis par les internautes.

b) Atteintes au droit moral

On a vu ci-dessus que l'intégration dans son site, par un hyperlien automatique ou de cadrage, d'un élément d'un autre site peut porter atteinte au droit moral de l'exploitant du site relié. Mais, dans certains cas, la simple présence d'un lien de surface pourrait également porter atteinte au droit moral de l'exploitant du site relié.

On peut imaginer des hypothèses où le simple changement du contexte entre le site établissant le lien et le site relié est susceptible de porter atteinte au droit moral à l'intégrité de l'œuvre. Soit un cas hypothétique ressemblant au *Shetland Times* (présenté supra): le fait que les articles de journalistes soient accessibles à partir d'un site créateur de lien, dont la tendance idéologique ne serait pas la même que celle du journal vers lequel pointe le lien, pourrait justifier une action fondée sur le droit moral des journalistes.

Qu'il suffise de rappeler qu'en Belgique, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Central Station*⁶³ a été assez loin en reconnaissant aux journalistes un droit à être publié dans un cadre bien précis:

"qu'en effet, selon la Cour, le journaliste écrit pour un public le plus large possible, mais dans le cadre du journal ou de la revue qui le publie ("son" journal ou "sa" revue); que son article est inséré parmi les articles de ses collègues, qui oeuvre, dans le cadre de la même rédaction, pour le même courant d'idées dans la même publication".

La Cour ajoute que le fait de compiler plusieurs "articles provenant de diverses tendances dans un même recueil", ce qu'était la base de données de *Central Station*, "procède d'une autre perspective que celle faite en vue d'informer le lecteur d'un seul journal", et que le fait d'avoir autorisé la diffusion *intuitu personae*, sur un support qui reflète une tendance bien arrêtée, n'implique pas qu'une autorisation de diffusion sur Internet ait été donnée.

⁶³ Bruxelles, 28 octobre 1997, A&M, 1997, p. 383. Voir le numéro spécial de la revue *Columbia - VLA Journal of Law & the Arts* (hiver 1998, vol. 22) consacré à ce thème et notamment l'article de J. GINSBURG, « Electronic Rights in Belgium and France », p. 161 et s.

2. Atteintes au droit de la personnalité

Certains liens amèneront les parties à avoir recours dans un pays de droit civil comme la Belgique ou la France au principe général de la responsabilité délictuelle (art. 1382 du Code civil), ce qui les obligera à établir l'existence d'une faute et d'un dommage. Les circonstances particulières du cas d'espèce seront en ce cas décisives.

La responsabilité civile pourrait être invoquée à l'encontre du responsable du lien en cas d'association malvenue et malintentionnée. Songeons au cas d'une mère qui avait créé une page web à la mémoire de son enfant disparu pour constater ensuite que sa page était liée à un site intitulé "Babes on the Net"⁶⁴. De la même manière, des institutions en charge de l'enfance pourraient être la cible de certains liens établis à partir de sites pédophiles, ou le site du Vatican la cible de liens tissés à partir de sites pornographiques ; le principe général de la responsabilité pourrait offrir un remède dans de tels cas sous réserve de la preuve des conditions d'application de ce principe.

La responsabilité civile pourra aussi être invoquée par des tiers contre des personnes établissant des hyperliens avec des sites violant les droits de ces tiers, par exemple par le contenu diffamatoire⁶⁵ de ces sites.

3. Violation du secret d'affaires

Le droit auquel il est porté atteinte par le contenu du site relié peut être n'importe quel droit. La liste proposée ici (droit d'auteur, droit de la personnalité ou secret d'affaires) n'est donc pas exhaustive, mais sert uniquement à répertorier les cas de jurisprudence. En matière de secret d'affaires, une décision intéressante a affirmé la liberté d'établir des liens vers du contenu présumé illicite, tout en interdisant au défendeur d'afficher ce même contenu sur son site.

*DVD CCA v. Mc Laughlin*⁶⁶

L'Internet étant un moyen de communication global et extrêmement rapide, il est très difficile d'y empêcher la divulgation et la dissémination subséquente d'une information. La DVD Copy Control Association Inc. et l'industrie du film américain ont tenté de s'opposer à la communication en ligne d'une information relative à la possibilité de décrypter un programme.

Avec l'avènement du DVD (Digital Video Disc), on a commencé, pour les films, à utiliser des supports d'une qualité digitale à l'épreuve de l'usure. Avant de se lancer dans la commercialisation de leurs films en DVD, les grands producteurs de films américains ont bien sûr veillé à ce qu'on ne puisse pas copier ceux-ci. Ils ont ainsi fait développer le programme CSS (abréviation de « Content Scrambling System »). Le CSS est un logiciel de cryptage qui sert à empêcher la copie des films sur support

⁶⁴ Voir DG POST, « The Link to Liability », American Lawyer, juillet-août 1997, autrefois disponible à l'adresse www.cli.org/Dpost/linking.html.

⁶⁵ Voir l'affaire Steinhöfel v. Best, commentée ci-dessus.

⁶⁶ Superior Court of California, County of Santa Clara, 21 January 2000, DVD Copy Control Association Inc. v. A.T. Mc Laughlin, disponible à l'adresse www.opendvd.org/cv786804-granted.html, consultée le 19 avril 2000.

DVD. Pour des raisons évidentes de contrôle de l'usage de cette technologie, les producteurs de films ont donné à une seule société (la DVD Copy Control Association Inc.) le droit de concéder cette technologie en licence. En effet, de nombreux tiers, par exemple les fabricants d'ordinateurs avec lecteurs DVD, doivent configurer leurs produits avec le CSS. En droit américain, le CSS est protégé à titre de secret d'affaires, et sa divulgation sans autorisation est interdite par le Uniform Trade Secret Act.

Aucune licence CSS n'avait été octroyée pour permettre la lecture du DVD sur les systèmes d'exploitation Linux, dits « en source libre ». Un utilisateur Linux norvégien, Jon Johansen, avait pourtant réussi à déchiffrer⁶⁷ le CCS et avait créé un programme appelé « DeCSS », permettant de contourner le système de cryptage CSS et donc de copier les DVD. En un temps record, le DeCSS a été divulgué sur un grand nombre de sites web. Un nombre tout aussi impressionnant de sites web proposaient des hyperliens vers les sites contenant le DeCSS. L'industrie du film américaine intenta plusieurs actions contre les exploitants de sites contenant le DeCSS. Dans une de ces actions, les producteurs de films demandaient non seulement que soit interdit au défendeur de divulguer le DeCSS sur son propre site, mais que soit également interdit au défendeur de fournir des liens vers d'autres sites contenant le DeCSS. Par son ordonnance en référé (order granting a preliminary injunction), le juge californien ordonnait au défendeur de retirer de son site le DeCSS, mais ne le priva pas de sa liberté d'établir des liens. Sur ce dernier point, le juge considéra que :

« However, the Court refuses to issue an injunction against linking to other websites which contain the protected materials as such an order is overbroad and extremely burdensome. Links to other websites are the mainstay of the Internet and indispensable to its convenient access to the vast world of information. A website owner simply cannot be held responsible for all the content of the sites to which it provides links. Further, an order prohibiting linking to websites with prohibited information is not necessary since the Court has enjoined the posting of the information in first instance » .

A notre sens, la considération in fine est erronée : tant que le DeCSS reste disponible sur Internet, que ce soit sur le site du défendeur ou sur d'autres sites reliés, le demandeur aura un intérêt à demander l'interdiction d'établir des liens⁶⁸. La véritable question est plutôt une question de fondement légal : sur quelle base légale le demandeur peut-il fonder sa demande d'interdire l'établissement d'un lien (voir ci-dessus) ? En l'espèce, il faudrait pouvoir admettre une complicité (par le créateur du lien) à une violation du secret d'affaires (par l'exploitant du site relié contenant le DeCSS).

D. Le changement du contenu relié et le multiple linking

⁶⁷ Concernant la question de l'infraction de neutralisation des mesures techniques de protection, voir S. Dussolier, "Protection juridique des mesures techniques anti-piratage : le cas du DVD", disponible à l'adresse www.droit-technologie.org/2_1.asp?actu_id=1687232824&month=1&year=2000, consultée le 20 avril 2000.

⁶⁸ Dans une autre affaire liée au DeCSS, la Motion Picture Association of America a d'ailleurs, après avoir obtenu la condamnation du défendeur pour la divulgation sur son site du DeCSS (Affaire Universal City Studios v. Reimerdes), introduit une deuxième action contre un des défendeurs, pour la fourniture de liens à partir de son site www.2600.com vers d'autres sites contenant le DeCSS.

D'autres circonstances particulières peuvent influencer sur l'issue d'une action en responsabilité pour linking.

Que se passe-t-il au cas où le site vers lequel une personne a établi un lien est parfaitement légal au moment de l'établissement de ce lien, mais que des modifications du contenu, intervenues après l'établissement du lien, rendent ce contenu illégal ? L'affaire suivante illustre ce fait.

L'affaire « Radikal »⁶⁹

Un cas de ce type s'est présenté en Allemagne, dans une affaire introduite au pénal. Le parquet allemand poursuivait Mme Angela Marquardt pour avoir établi un lien avec un magazine d'écoterrorisme en ligne, qui était interdit en RFA pour avoir publié un article contenant les instructions à suivre pour saboter les voies ferrées. Selon le parquet, la création du lien était assimilée à un acte de distribution de textes illicites. L'action publique n'avait en l'espèce pas abouti parce que la prévenue avait installé le lien avant que ne paraisse l'article incriminé. En effet, la prévenue avait créé le lien en avril 1996, alors que l'article avait été ajouté au site relié en juin 1996. Devant décider si la prévenue n'avait pas commis de faute pénale en s'abstenant de vérifier périodiquement le contenu vers lequel renvoyait son hyperlien, le tribunal considéra qu'on ne pouvait retenir une telle faute dans le chef de la prévenue. Le faire aurait abouti à mettre à charge de celui qui place le lien une obligation très lourde. De plus, comment déterminer la périodicité selon laquelle quelqu'un serait tenu de vérifier le contenu des sites avec lesquels il a établi des liens ? Comme pour d'autres infractions pénales, il faudra établir que la personne qui a créé le lien avait connaissance de la nature illicite du contenu du site lié.

Bernstein v. Penney⁷⁰

Que se passe-t-il en cas de multiples hyperliens (nécessitant le passage par plusieurs sites) vers du contenu illicite ? L'élément de connaissance de l'existence du contenu illicite devient dans ce cas à ce point hasardeux, qu'à notre sens il ne peut être question de responsabilité dans le chef du premier fournisseur de lien.

L'affaire Bernstein v. Penney concernait une telle hypothèse. Le juge américain à qui l'action a été soumise, l'a déclarée non fondée sans motiver davantage.

§3. L'imputabilité des atteintes en matière de linking

A. Position du problème

Les développements qui précèdent concernaient le point de savoir si et dans quelles hypothèses le responsable d'un site établissant un lien peut être tenu responsable.

L'usage d'hyperliens pose en outre le délicat problème de la responsabilité des intermédiaires en ligne. L'analyse de la jurisprudence ci-dessus montre que la

⁶⁹AG Tiergarten, 30 juin 1997, MMR, 1998/1, p. 49, note St. Hütig. Voir encore: Reuter, « Germans weigh the right to link », 17 janvier 1997, autrefois disponible à l'adresse www.news.com/News/Item/O.47124.html.

⁷⁰ US District Court, Central District of California, 29 September 1998, Gary Bernstein v. JC Penney Inc., non publié.

question de la complicité du fournisseur de lien à l'infraction commise par l'exploitant du site relié demeure controversée. A fortiori, en va-t-il de même de la responsabilité de l'hébergeur en cas de lien illicite commis par son client. En effet, pour reconnaître la responsabilité de l'ISP hébergeur, il faudra prouver qu'il est « complice d'un complice ». En d'autres mots, une responsabilité ne pourra lui être imputée que si deux autres personnes sont déjà reconnues responsables d'une atteinte : l'exploitant du site comportant le contenu illégal doit être coupable de la violation d'une disposition légale, et la complicité du fournisseur du lien à cette violation doit être établie. Mettre en cause la responsabilité de l'hébergeur du site contenant les liens n'est assurément pas la voie la plus directe, la partie lésée pouvant en principe se retourner contre l'hébergeur du site sur lequel se trouve le contenu illégal.

B. Textes en la matière

Nous avons vu que le *Digital Copyright Millenium Act* adopté aux Etats-Unis le 21 octobre 1998 (voir supra, première partie) comporte un titre relatif à la limitation de responsabilité en cas d'atteinte au droit d'auteur. Plus particulièrement, l'article 512 (d) de cette loi exonère, sur le plan des dommages-intérêts liés à une atteinte au droit d'auteur, le fournisseur de services qui renvoie ou lie les usagers à un site contenant du matériel contrefaisant à l'aide d'instruments de localisation de l'information, tels que annuaire, index, référence, pointeur ou lien hypertexte. Cette exonération de responsabilité n'est acquise que si le fournisseur de service n'a pas effectivement connaissance de ce que le matériel contenu sur le site est contrefaisant, ou du moins, n'a pas connaissance de faits ou de circonstances qui établissent l'apparence d'une activité contrefaisante⁷¹.

En Europe, la directive sur le commerce électronique (voir supra, première partie) prévoit trois (et non pas quatre « safe harbour »), ce qui signifie que rien n'est prévu en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires en cas d'usage de liens ou autres instruments de localisation de l'information.

La directive sur le commerce électronique a introduit un moratoire dans ce domaine. L'article 21, alinéa 2 de cette directive stipule que la Commission sera chargée de présenter un rapport de manière périodique au Parlement européen ; il est prévu que :

« Ce rapport, en examinant la nécessité d'adapter la présente directive, analyse(ra) en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteurs de recherche (...) »

Par ailleurs, certaines dispositions légales déjà adoptées au niveau national en matière de responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement pourraient s'appliquer à la problématique du linking. Ainsi, certains auteurs allemands⁷² préconisent l'exonération des fournisseurs de liens dans le cadre de l'article 5 (3) du *Teledienstegesetz* allemand du 13 juin 1997 (voir supra, première partie, pour une présentation), exonérant la simple fourniture d'accès à du contenu de tiers,

⁷¹ En cas de connaissance ou de mise au courant, le fournisseur de service n'est exonéré que s'il agit de manière diligente afin d'enlever le matériel contrefaisant ou de supprimer l'accès à celui-ci.

⁷² T. Bettinger et S. Freytag, « Civil Law Responsibility for Links », IIC, 8/1999, 883-907.

considérant qu'établir un lien peut être assimilé à la fourniture d'un (autre) accès vers un site⁷³.

C. Jurisprudence

Scientology v. XS4all⁷⁴

Cette affaire ne concerne pas seulement un cas de *linking*, mais également un problème d'hébergement (raison pour laquelle cette affaire a déjà été mentionnée dans la première partie). L'Eglise de Scientology s'opposait à la diffusion de ses textes sur Internet. Outre l'exploitante du site, Mme Karin Spink, vingt-deux fournisseurs d'hébergement avaient été assignés par l'Eglise. L'Eglise demandait que l'hébergement des textes protégés soit interdit, mais également que le juge interdise (à titre préventif) aux défendeurs d'établir des liens vers d'autres sites qui contiendraient les textes en question.

Le tribunal de La Haye a condamné les défendeurs à ne plus héberger et à ne pas établir de liens vers les textes de l'Eglise, considérant que ces défendeurs étaient responsables pour autant qu'ils aient connaissance de la présence de ces textes ou des liens sur leurs serveurs, que l'exactitude de la notification réalisée par l'Eglise ne puisse raisonnablement être mise en doute, et qu'ils ne procèdent pas, de manière diligente, au retrait des textes ou des liens en question.

IFPI v. Skynet⁷⁵

Une deuxième affaire portait exclusivement sur l'hébergement d'hyperliens. L'IFPI a cité un fournisseur d'accès, Skynet, pour la présence, sur les sites de certains de ses clients, d'hyperliens vers des fichiers MP3, dont l'IFPI contestait la licéité. En dépit de ce que l'IFPI ne s'était pas adressée aux exploitants des sites contenant les MP3 prétendument illégaux, ni à leur hébergeur, ni aux clients de Skynet ayant établi les liens avec ces sites, et en dépit du fait que Skynet avait, suite aux demandes de suppression des liens, enlevé tous les liens de ses serveurs, réservant ainsi une suite favorable aux mises en demeure de l'IFPI, le juge belge des cessations a, par jugement du 2 novembre 1999, néanmoins condamné Skynet à ne plus :

« stocker en connaissance de cause de l'information sur son serveur donnant lieu à une distribution illicite d'enregistrements musicaux (...) »

* *
*

⁷³ Ce moyen a été soulevé par un fournisseur de lien, défendeur dans l'affaire *Symicron v. spartips.com*, Landgericht München, 25 mai 1999, disponible à l'adresse <http://www.online-recht.de/vorent.html?LGMuenchen990525>, consultée le 18 avril 2000. Le juge ne s'est pas prononcé sur la question puisque le contenu du site relié n'était pas illégal à défaut de ressemblance entre les marques "Explorer" et "Telco-Explorer".

⁷⁴ Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage, 9 juni 1999, Computerrecht 1999/4, p. 200, avec annotation de P.B. Hugenholtz. Appel a été interjeté.

⁷⁵ Pres. Comm. Bruxelles (cessation), 2 novembre 1999, disponible en français et en néerlandais à l'adresse http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?actu_id=1877271291&month=2&year=2000, et en anglais à l'adresse http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/text/ifpi_v_belgacom.doc, tous deux consultés le 17 avril 2000. Skynet a interjeté appel le 23 décembre 1999.

"To link or not to link", c'était la question posée dans cette seconde partie. En général, "to link" ne pose pas de problème. Mais, dans certaines hypothèses, les liaisons entre pages web peuvent s'avérer "dangereuses". La prudence s'impose donc si l'on veut maintenir de "bonnes relations": d'où la formule proposée par certains : "Think before you link".

Il faut certainement réfléchir avant d'établir le lien, si le pointeur prend la forme, non pas d'une adresse web, mais d'une image ou d'un autre élément qui peut lui-même être protégé par un droit intellectuel.

Il faut également être prudent si le lien renvoie à une autre page que la page d'accueil ("*homepage*" ou "*front page*") d'un site.

Le lien devient même risqué s'il a pour effet de substituer à la publicité du site relié celle du site établissant le lien.

Enfin, les liens automatiques, donnant l'impression qu'on s'approprie le contenu d'un autre site, doivent être évités.

Quant à la responsabilité du fournisseur de lien pour le contenu illicite vers lequel il renvoie, s'il y a bien une chose que les hésitations relevées au sein de la jurisprudence démontrent, c'est qu'il faudrait songer à clarifier la situation par voie législative si l'on veut accroître la sécurité juridique. A défaut, les principes généraux de chaque système juridique (par ex. la règle de l'article 1382 du Code civil ou la notion américaine de « contributory infringement ») continueront à être mis en oeuvre de manière diverse en cas d'établissement de liens.

* *