**L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR
AUX HYPERLIENS MANUELS**

ANALYSE DE DROIT FRANÇAIS ET DE DROIT AMÉRICAIN

MICKAËL LE BORLOCH

Docteur en droit, LL. M – ATER à Paris 1

Avocat

INTRODUCTION

La circulation des œuvres et la rencontre des artistes assurent le dynamisme culturel d'un pays. Cependant, sans rémunération des auteurs, il leur est particulièrement difficile de créer. Cette dialectique traditionnelle est renforcée par l'internet et notamment par les hyperliens. En effet, les hyperliens permettent de relier deux pages internet entre elles ou un objet matériel à une page internet. Il s'agit donc d'un moyen de lier deux pages entre elles sur le web, mais également depuis le monde analogique – c'est-

à-dire le monde palpable – et une page internet, ainsi qu'à l'intérieur d'un même document numérique. Les hyperliens constituent la structure du web. Leur nombre est incalculable mais ils peuvent lier chacune des 4,6 milliards de pages internet et chaque page peut accueillir plusieurs liens.

Outre l'équilibre dans l'incitation à la création, il y a également lieu de prendre en considération celui entre le droit d'auteur et le droit d'accès à internet. Or, les liens participent de cet accès à l'internet grâce aux liaisons qu'ils établissent entre les sites. Ils présentent concomitamment l'effet de réduire l'effectivité du monopole des auteurs. En effet, en permettant au public d'accéder aux œuvres, ils risquent de limiter l'état de rareté artificielle qui était en vigueur avant le développement de l'internet. L'auteur ne peut donc plus assurer ses revenus en bénéficiant de la fusion des droits de propriété immatériel et matériel. Les modèles de rémunération des auteurs sont par conséquent en danger et doivent être repensés.

À l'analyse des défis proposés aux auteurs, il apparaît que tout le régime du droit d'auteur doit être repensé. En effet, un conflit nouveau mais tirant ses racines dans une opposition séculaire impose de repenser le régime à la lumière des droits fondamentaux. L'accès à l'internet, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre viendront par conséquent imposer des limites au droit d'auteur qui avait jusqu'à maintenant été pensé comme un îlot protégé des tempêtes de la modernité. En outre, l'internet impose aux observateurs de penser des problématiques dans un espace sans frontière où les conflits de lois et de juridiction sont monnaie courante. Eu égard à cette particularité, et partant du principe que le *copyright* américain constitue l'un des modèles les plus influents

et les plus opposés au système français romantique et personnaliste, une analyse comparée franco-américaine et euro-américaine s'avère la plus pertinente.

Le droit américain a su, notamment grâce à l'exception dite de *fair use*¹, prendre en compte les conflits de libertés fondamentales. Les juges de la Cour d'appel du Neuvième Circuit ont modifié l'approche traditionnelle de l'exception pour prendre en compte la liberté d'entreprendre. Le résultat présente une certaine cohérence dans le régime américain. La jurisprudence française a en revanche longtemps tâtonné. Elle est néanmoins parvenue à un principe général² consistant à interdire l'établissement de liens vers des contenus illicites, qu'il s'agisse de contrefaçons ou autres contenus illicites tels que des propos racistes ou négationnistes. Par la suite, les juges européens ont eu des difficultés à assumer un raisonnement fondé sur l'équilibre entre les libertés fondamentales. La Cour de justice de l'Union européenne – qui n'est intervenue qu'en 2014 avec l'arrêt *Svensson*³ – a eu les plus grandes difficultés à aborder la question par un raisonnement centré sur le droit d'auteur. Elle a par conséquent adopté un raisonnement fondé sur les libertés fondamentales qu'elle a cherché à maquiller⁴ au prix d'un raisonnement critiquable et baroque introduisant une insécurité juridique étrangère au droit américain. La solution

1. Le test de *fair use* se développe en quatre critères que sont (1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives, (2) la nature de l'œuvre protégée, (3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée, (4) l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.

2. TGI Paris 12 mai 2003, 4 janv. 2002 : Gaz. Pal. 12 oct. 2004, n° 286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, Legalis.

3. CJUE, 13 fév. 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

4. P. Sirinelli « *Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE* », Dalloz IP/IT, 2016, 543.

a non seulement perduré mais elle s'est complexifiée⁵, amenant une partie de la jurisprudence européenne⁶ à résister. La solution en vigueur implique donc une insécurité juridique néfaste pour la liberté d'entreprendre des créateurs de liens, mais également pour l'incitation à la création des auteurs. Le public se trouve lésé par cette situation car il risque de rencontrer de plus grandes difficultés à trouver des contenus et à voir le nombre d'œuvres limité à cause du manque d'incitation à la création.

Dès lors, le conflit entre le droit d'auteur et les hyperliens implique une rencontre et la recherche d'un équilibre entre le droit d'auteur d'une part et le droit à la culture et la liberté d'entreprendre d'autre part, qu'il y a lieu d'analyser au moment de la création de l'ancre du lien (I) ainsi que de l'établissement du lien (II).

I. LA LIBERTÉ DE CONSTITUER UNE ANCRE FACE AU DROIT D'AUTEUR

L'ancre constitue la partie visible du lien. Elle se trouve généralement sur une page internet, mais les QR codes permettent, depuis un support matériel, d'atteindre une page internet en le scannant avec son smartphone.

L'internaute devra être attentif au respect du droit d'auteur et du *copyright* lorsqu'il créera une ancre. L'équilibre sera délicat à tenir étant donné

5. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*; CJUE, 14 juin 2017, C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV*; CJUE 26 avr. 2017, C-527/15, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*.

6. BGH, Case Ref. : I ZR 11/16, *Vorschaubilder III*, 21 sept. 2017.

que le droit d'auteur doit être respecté – ce qui plaide pour une limitation des reproductions des œuvres – mais le meilleur référencement possible des œuvres et des contenus doit être visé afin de faciliter la circulation des internautes – ce qui plaide en faveur de la reproduction des œuvres. Il s'agit donc d'un conflit radical qu'il s'agit de résoudre en finesse en assurant la protection des auteurs (A) concomitamment à celle du public (B).

A. La protection de l'intérêt des auteurs et les ancres

Le droit d'auteur a su faire preuve d'adaptation depuis sa création en Angleterre par le Statut de la Reine Anne en 1710 jusqu'aux formats numériques. La réponse n'allait cependant pas de soi. En effet, une fois numérisée, l'œuvre n'est composée que d'une série de 1 et de 0. Elle n'est donc pas lisible pour la majorité des utilisateurs de terminaux numériques. La distinction entre le code source – lisible par des êtres humains – et le code objet – composé de 1 et de 0 – est donc indifférente pour les juges qui considèrent que l'œuvre est reproduite dès lors qu'elle est retranscrite⁷. Les juges français et américains⁸ appliqueront par conséquent le droit d'auteur et le *copyright* aux ancres des hyperliens dès lors que l'œuvre présente une forme⁹ originale. L'ancre peut être constituée d'un texte, d'une photographie ou d'une vidéo. Elle est donc susceptible de reproduire et de représenter une œuvre protégée. Les limites à

7. Cette solution s'inscrit néanmoins dans le sillage de celles accordant une protection aux cartons perforés des orgues de Barbarie. Voir CA Paris, 4^e ch., 11 avr. 2008, n° 06/15843.

8. *Kelly v. Arriba*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

9. France : M. Vivant, J.M. Bruguière, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 129-130, 114 Union Européenne : CJCE, 4^e ch., 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*, 38-39 et 47.

États-Unis : L.S. Waltrip, « *Copyright Law – The Ideal/Expression Dichotomy : Where Has it Gone?* », 11 S. Ill. U. L.J. 411, hiver 1987, p. 411.

ce principe de monopolisation des auteurs réside dans les limites externes et internes du droit d'auteur et du *copyright*.

Les limites externes sont constituées par les frontières du droit d'auteur et du *copyright*. En premier lieu, les éléments purement techniques des liens ne seront pas protégés. Ainsi, les auteurs ne pourront opposer leurs monopoles lorsque l'ancre est constituée d'une interface élaborée par un ordinateur – tel qu'un QR code – qui sera dénué d'originalité et ne bénéficiera donc pas de la protection des droits français et américain. Souvent les titres américains¹⁰ ne sont pas protégés et pourront – à l'inverse des titres en droit français¹¹ – être reproduits.

En ce qui concerne les limites internes, les droits français et américain s'opposent assez radicalement. En effet, à la méthode analytique européenne¹² imposant une liste fermée d'exceptions dont la citation – qui n'a même pas vocation à s'appliquer aux œuvres graphiques¹³ – et la revue de presse, toutes deux encadrées par le test des trois étapes, la section 107 du *Copyright Act* américain oppose une approche synthétique en ayant recours à l'exception dite de *fair use*. Le Neuvième Circuit¹⁴ a en outre retenu que lorsque l'usage de l'œuvre s'avère transformatif – c'est à dire qu'elle est le fruit d'un usage nouveau – le *copyright* ne sanctionnera pas pour contrefaçon la reproduction

10. *Eastland Music Group, LLC v. Lionsgate Entertainment, Inc.*, 707 F.3d 869, 106 U.S.P.Q.2d 1078 (7th Cir. 2013); *Arvelo v. American Intern. Ins. Co.*, 66 F.3d 306 (1st Cir. 1995).

11. Article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle; CJCE, 4e ch., 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*, 38-39 et 47.

12. Article 5 de la directive 2001/29/CE.

13. CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet.

14. *Kelly v. Arriba*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

de l'œuvre. Les juges ont ainsi modifié l'approche traditionnelle de l'exception de *fair use* – initialement pensée pour assurer la création d'œuvres nouvelles – afin de permettre le développement de nouvelles technologies et renforcer ainsi la liberté d'entreprendre et la liberté de communication. Il n'en ira autrement que si l'ancre permet un agrandissement de l'œuvre permettant un usage allant au-delà du simple référencement. Le régime américain autorise donc les applications permettant le référencement d'œuvres telles que Google Image, alors que le droit français y voit des contrefaçons sauf dans le cas de sa liste d'exceptions qui ne prend pas en compte les conflits entre libertés fondamentales. Le très faible nombre de recours en la matière interroge sur le bien-fondé de la règle française et plaide en faveur du régime américain.

En dehors de cette hypothèse, le processus menant à l'octroi d'une licence est relativement long et coûteux, ce qui ralentira l'établissement des liens et le développement de l'internet. Les internautes sont donc confrontés au dilemme entre une construction lente et coûteuse mais précise de l'internet, et une construction rapide et gratuite mais présentant un référencement peu clair. Il s'avère donc nécessaire d'introduire une exception en faveur des créateurs de liens manuels, limitée aux internautes agissant à but non lucratif. Ces limites trouvent des bornes dans la protection des intérêts du public.

B. La protection des intérêts du public et les ancres

Les créateurs de liens sont confrontés à deux régimes juridiques abordés de façons radicalement divergentes en France et aux États-Unis : le droit des bases de données et les droits moraux. Or, les ancres peuvent être constituées

en bases de données (1) assurant un meilleur accès aux contenus en ligne, et doivent respecter les droits moraux des auteurs (2) renforçant ainsi la fiabilité intellectuelle de l'internet.

1. La création d'une base de données ou d'une *compilation* par les liens

Eu égard à la taille de l'internet qui ne cesse de grossir, il s'avère nécessaire d'organiser sous forme de bases de données les liens afin d'améliorer le référencement du web. Or, les bases de données sont protégées non seulement par le droit commun du droit d'auteur et du *copyright* – et notamment par les accords ADPIC¹⁵ – mais également au sein de l'Union européenne par un droit dit *sui generis* des bases de données¹⁶. Les États-Unis refusent d'introduire un équivalent du droit *sui generis* après avoir constaté que le régime n'avait pas favorisé la création de bases de données¹⁷.

Les droits européen et américain¹⁸ ne se rejoindront sur la protection d'une base de données que si elle s'avère originale. L'arrêt *Xooloo* de la Cour de cassation française¹⁹ a ainsi retenu qu'une liste d'adresses URL peut être protégée par le droit d'auteur lorsque leur sélection est le fruit de choix

15. Article 10.

16. Directive 96/9/CE.

17. Commission Européenne, « *First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases* », 12 déc. 2005, p. 5.

18. *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S. LEXIS 1856, 18 U.S.P.Q.2D (BNA) 1275, 59 U.S.L.W. 4251, Copy. L. Rep. (CCH) P26,702, 91 Cal. Daily Op. Service 2217, 121 P.U.R.4th 1, 91 Daily Journal DAR 3580, 18 Media L. Rep. 1889, 68 Rad. Reg. 2d (P & F) 1513 (U.S. 1991).

19. Cass. civ. 1^e, 13 mai 2014, 12-25900.

éditoriaux personnels. La jurisprudence américaine²⁰ a adopté la même solution. La règle en vigueur n'empêche pas l'utilisation des listes de liens étant donné que le droit d'auteur et le *copyright* n'interdisent que des actes de reproductions et de représentations – ou leurs équivalents fonctionnels en droit américain – et n'empêchent pas la lecture d'une œuvre. L'application du droit de la propriété littéraire et artistique constituera en revanche une limite pour les internautes souhaitant reproduire les bases de données.

En revanche, dès lors que la base de données n'est pas originale mais qu'elle est le résultat d'un investissement substantiel, le droit européen – uniquement – la protège. Les quatre arrêts de la CJCE en date du 9 novembre 2004²¹ retiennent qu'une base de données résultant d'investissements humains, financiers ou matériels substantiels est protégée. Or, dès lors qu'une liste d'adresses URL peut constituer une base de données protégée par le droit *sui generis*²², il en ira de même – par analogie – pour les listes de liens. En effet, les liens contiennent dans leur code l'adresse URL de la page vers laquelle ils mènent. La jurisprudence retiendra donc qu'une base de données de liens constituant le fruit d'un investissement substantiel est protégée par le droit *sui generis*. Cependant, dans la saga M6, le Tribunal de grande instance²³ de Paris, puis la Cour d'appel de Paris²⁴, ont retenu que la liste de liens menant vers des vidéos n'était pas le fruit d'un investissement substantiel. Le caractère substantiel de l'investissement constituera donc un garde-fou en faveur des

20. *Key Publications v. Chinatown Today Publishing Enterprises, Inc.*, 945 F. 2d 509 2d Cir. 1991).

21. C-203/02, C-444/02, C-46/02, C-338/02.

22. Cass. civ. 1e, 13 mai 2014, n° de pourvoi : 12-25900.

23. TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 18 juin 2010, Legalis.

24. CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 27 avr. 2011, Legalis.

internautes. Malgré ce seuil de protection relativement élevé, le Tribunal de commerce de Paris²⁵ a, dans l'affaire dite *Xooloo*, eu l'occasion de retenir qu'une liste d'adresses URL constituait une base de données. En l'espèce une liste dite blanche d'adresses URL relevait les sites autorisés aux mineurs. La solution aura vocation à s'étendre aux liens étant donné qu'ils sont composés d'une adresse URL. Cette solution est cohérente avec les termes larges de la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 qui permettent d'inclure tous les types de base de données. La conception lockéenne de la propriété – qui innerve les dispositions de la protection *sui generis* – aura donc vocation à s'appliquer aux bases de liens au sein de l'Union européenne.

Lorsque la liste de résultats est utilisée, les créateurs de liens pourront se réfugier derrière l'exception au droit *sui generis* sur les bases de données. Sera par conséquent autorisée l'extraction dès lors qu'elle n'est ni substantielle ni répétée. Les droits français et américain trouvent également une autre source de divergence dans les droits moraux.

2. Les droits moraux appliqués aux ancres des hyperliens

Les droits français et américain divergent largement sur la question de la protection des droits moraux. Le droit français se place dans une conception inspirée de la philosophie hégélienne²⁶ de la propriété en ce qu'elle est pensée par le philosophe allemand comme l'expression de la personnalité. Étant

25. TC Paris, 19^e ch., 17 déc. 2009, *Xooloo c. Optenet Center, Optenet, France Telecom*, Legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&cid_article=2825 (dernier accès 2/11/2014).

26. F. Hegel, « *The Philosophy of Right* », 1820, Oxford University Press, 51.

donné que les droits moraux sont des droits de l'Homme, ils sont perpétuels, imprescriptibles²⁷ et inaliénables²⁸. En revanche aux États-Unis, des droits moraux forts sont perçus comme des menaces sur la libre circulation des œuvres. En outre, l'arrêt *Wheaton*²⁹ avait retenu une approche positiviste – et non pas jusnaturaliste – du droit des brevets qui est fondé sur la même clause constitutionnelle³⁰ que le *copyright*. Cette prise de position initiale a donc fait obstacle au développement des droits moraux.

La question de l'application des droits moraux se posera donc en des termes très différents en droit français et en droit américain. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 décembre 2013³¹ retient que le droit de divulgation s'épuise « par le premier usage qu'en fait l'auteur ». Un hyperlien ne peut donc procéder à la divulgation à un public nouveau³² étant donné que c'est la mise en ligne qui est à l'origine de la divulgation au public. Cette solution est logique. Dans la mesure où l'internet constitue un espace unique, il n'y a pas lieu de considérer qu'il puisse y avoir de semi-divulgation³³ une fois que l'œuvre a été téléchargée en ligne. Le principe de la semi-divulgation doit par conséquent être écarté. Aux États-Unis en revanche il n'existe pas de droit de divulgation – même dans le

27. Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Il (le droit moral) est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

28. Article L. 121-1, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

29. *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 8 L. Ed. 1055, 1834 U.S. LEXIS 619 (U.S. 1834).

30. Article I, Section 8, Clause 8.

31. Cass. civ. 1^{er}, 11 déc. 2013, n° 11-22522 et 11-22031.

32. Ph. Gaudrat, « *Hyperliens et droit d'exploitation* », RTD com., 2006, 104.

33. A. Lucas, « *Droit d'auteur et numérique* », *op. cit.*, p. 235.

*Visual Artists Rights Act*³⁴ qui n'a de toute façon pas vocation à s'appliquer sur internet³⁵. Néanmoins, les droits patrimoniaux de l'auteur pourront constituer un équivalent fonctionnel – certes limité – dans la mesure où les juges adoptent une conception plus stricte et restrictive de l'exception de *fair use* lorsque l'œuvre reproduite n'a pas été dévoilée au public par l'auteur³⁶. La protection du droit de divulgation diverge donc plus d'un point de vue philosophique que pratique étant donné que la majorité des auteurs publient leurs œuvres sur internet pour accroître leur visibilité.

Le droit de paternité constitue une ligne de fracture supplémentaire entre les systèmes français et américain. L'article 6 bis de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques protège le droit de paternité. L'introduction de cette protection n'a pas modifié le droit français qui, se plaçant dans une perspective kantienne³⁷, le connaissait déjà. Cependant, le droit américain n'offre pas de droit de paternité sur l'internet. Cette distinction entre les deux droits s'explique notamment par le fait qu'au moment du vote de la Constitution américaine, la majorité des œuvres créées aux États-Unis n'étaient pas fortement empreintes de la personnalité de leurs auteurs puisque la majorité était de nature éducative ou civique³⁸. La situation a néanmoins changé et la production artistique américaine est désormais fortement marquée par la personnalité des auteurs au même titre que les œuvres françaises et européennes. Il nous semble donc que la réduction du

34. 17 U.S.C. 106A.

35. *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*, 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995).

36. *Harper & Row v. Publishers, Inc. v. Nation Enters*, 471 U.S. 539, 555 (1985).

37. E. Kant, « *De l'illégitimité de la contrefaçon des livres* », in *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, édition Auguste Durand, 1785.

38. J. Ginsburg, « *A Tale of Two Copyrights* », *Tulane Law Review*, 64 (5), may 1990, 1001.

public à un ensemble de consommateurs n'est plus pertinente et que le droit américain devrait introduire un droit de paternité.

Partant, la création d'une ancre devra respecter le droit de paternité lorsque le droit français aura vocation à s'appliquer à la page internet sur laquelle elle se trouve, alors que le créateur d'ancre américain ne sera pas tenu de respecter le droit de paternité. Ainsi, lorsqu'un internaute n'a pas précisé le nom de l'auteur d'une photographie de Carla Bruni à proximité de l'œuvre, il a été sanctionné par les juges³⁹ français pour violation du droit de paternité, alors que les juges américains ne lui auraient rien reproché.

Un équivalent fonctionnel offert par le droit américain réside dans la mention de *copyright* sous la forme d'un ©. Cependant, il ne s'agit que d'un équivalent imparfait étant donné que la mention précise le nom du titulaire des droits qui peut être différent de l'auteur. Or, l'arrêt américain *UMG v. Veoh*⁴⁰ a retenu que l'établissement d'un lien à partir d'une œuvre ne satisfait pas au respect de la mention de *copyright*. L'équivalent incomplet du droit de paternité français se distingue en outre par le principe de violation du *copyright* en cas d'absence de la mention qui ne pourra être résolue par un lien. Ainsi, alors que le juge français sanctionnera l'absence de mention du nom de l'auteur – ou de son pseudonyme – le droit américain pourra sanctionner l'absence de mention du *copyright*. Avec l'absence de droit de paternité, le droit américain s'avère plus sécurisant et partant protecteur de la liberté d'entreprendre des créateurs de liens. Néanmoins, la solution américaine ne

39. TGI Paris, 6 juin 2008, 3^e ch., 2^e section, n° de RG : 08/05391, Legalis.

40. *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D. Cal. 2009).

participe pas de la construction d'un internet intellectuellement structuré et fiable.

La divergence entre les deux systèmes se retrouve lorsque la mention du nom de l'auteur est erronée. Néanmoins, dans cette hypothèse, le droit des marques américain apportera un équivalent fonctionnel limité au droit de paternité français. En effet, le *Lanham Act* protège à la section 43 (a) les consommateurs contre les indications erronées quant à l'origine d'une œuvre. Il ne protège que contre les confusions du public au sujet de l'origine de l'œuvre et ne vise donc pas, à l'inverse du *Copyright Act*, à inciter à la création d'œuvres⁴¹. Les fondements intellectuels sont opposés entre le droit moral français et le *Lanham Act* américain. En effet, le droit des marques américain est fondé⁴² sur la *Commerce clause*⁴³ de la Constitution et non pas sur la *Copyright clause* alors que les droits moraux français constituent une extension du droit de la personnalité. De plus, le critère de la confusion n'inclut pas les mentions erronées ne risquant pas de tromper les consommateurs⁴⁴ ou qui ne créent qu'une erreur *de minimis*⁴⁵ alors que le droit français sanctionnera toute liaison erronée.

L'article 6 de la Convention de Berne protège en outre le droit au respect de l'œuvre. Conformément à son origine latine – *res speciere* qui signifie veiller

41. K.R. Sido, J. Lifschitz, R. Karpinski, « *Architect and Engineer: Claims Against Design Professionals* », *Architect & Engineer Liability* s 10.14, 2015.

42. K.R. Sido, J. Lifschitz, R. Karpinski, « *Architect and Engineer: Claims Against Design Professionals* », *ibid.*

43. Article 1, Section 8, Clause 3 of the U.S. Constitution.

44. D. Nimmer, « *Nimmer on Copyright* », *op. cit.*, § 8D.03 [A] [2] [b].

45. *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (200) à 32-33.

sur la chose – il permet aux auteurs de décider des modalités de reproduction et de représentation de leurs œuvres afin que leurs approches philosophiques ne soient pas violées. Le droit au respect permet aux termes de l'article 6bis de la Convention de « s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de [l']œuvre ». Les États-Unis n'ont pas intégré ce droit sur l'internet. Ainsi, lorsqu'une ancre mutilera une œuvre, elle pourra violer le droit à l'intégrité⁴⁶ en France mais pas aux États-Unis. La distinction sera équivalente lorsque l'œuvre sera présentée dans un contexte dénaturant.

Avec sa conception *a minima* du droit à l'intégrité limitée à l'honneur et à la réputation de l'auteur⁴⁷, la Convention de Berne n'interdit pas la présentation d'une œuvre dans un contexte différent de celui imaginé initialement par l'auteur. Les solutions des États ne sont donc pas harmonisées en la matière et la France et les États-Unis ont adopté des solutions radicalement opposées qui font chacune figure de modèle. La position traditionnelle de la jurisprudence française consiste à sanctionner la présentation d'une œuvre lorsqu'elle est, sans l'accord de l'auteur, montrée dans un contexte philosophique différent de celui qu'il avait imaginé⁴⁸. La création d'une ancre à partir d'une œuvre constituera une contrefaçon si l'ancre se trouve au milieu d'autres œuvres adoptant une approche intellectuelle différente⁴⁹. Il a en effet été retenu en droit français que la publication d'un article scientifique dans une revue gratuite

46. Ass. plén. 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Le Monde c. Microfor*, Bull. Ass. plén., n° 4 ; D. 1988. jur. 21, concl. J. Cabannes.

47. Article 6bis de la Convention de Berne.

48. CA Paris, 8^e ch., 21 oct. 1987, Jurisdata n° 1987-026643.

49. L. Castex, « *De l'exploitation des images dans le cadre d'un service de recherche sur l'internet* », Lamy droit de l'immatériel, 2011, 71.

et au milieu de publicités contrevenait au droit à l'intégrité de l'œuvre⁵⁰. Par analogie, la présentation d'une œuvre au milieu d'autres œuvres adoptant une approche intellectuelle différente pourra constituer une violation du droit à l'intégrité. Aux États-Unis, il a été retenu que la présentation d'une œuvre relative à l'explosion nucléaire à Hiroshima à côté d'un article favorable à l'énergie nucléaire ne pouvait être interdite par l'auteur⁵¹. Le droit moral peut ainsi constituer une limite au débat qui est pourtant le fondement de toute démocratie, mais il permet également de fonder une discussion sur des appréciations conformes à l'esprit de l'œuvre au lieu de les présenter dans des contextes intellectuels trompeurs.

Étant donné que la réduction ne constitue pas une déformation en soi, la mutilation ou autre modification de l'œuvre, la Convention de Berne ne la sanctionne pas. Il n'existe donc pas d'interdiction de principe de réduire des œuvres en droit international du droit d'auteur. Cette conception réductrice n'est pas en vigueur en France où la réduction de la taille d'une œuvre est considérée comme une violation du droit d'intégrité⁵² dès lors qu'elle modifie l'esprit de l'œuvre. Il en ira de même en cas de réduction de l'œuvre graphique⁵³ en droit français alors que cette caractéristique permettra l'application de l'exception de *fair use* aux États-Unis. L'arrêt américain *Kelly v. Arriba*⁵⁴ a en effet établi une dichotomie entre les reproductions visant à

50. CA Caen, 1^{re} ch., 6 mai 1997, JCP G 1998, IV, p. 2928, Jurisdata, n° 049489.

51. *Morita v. Omni Publications International, Ltd.*, 741 F. Supp. 1107 (S.D.N.Y.1990).

52. Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, JCP 1994 II 22201, note Françon; CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet.

53. L'auteur peut s'accorder par contrat sur la modification de son œuvre. Voir F. Pollaud-Dulian, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 752 s. – 755 s.

54. *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

substituer l'œuvre – qui se voient opposées le *copyright* – et les reproductions permettant l'amélioration du référencement et bénéficiant du *safe harbor* de *fair use*. Le droit américain a ainsi suivi la distinction entre les nécessités et les commodités que nous recommandons. Il nous semble donc que cette *summa divisio* devrait être prise en compte par les deux systèmes. Le droit français avait convergé vers une solution similaire avec l'arrêt *Rodin*⁵⁵ en retenant que la réduction d'une œuvre graphique afin de l'intégrer dans un index ne viole pas les droits moraux de l'auteur. Il s'agit cependant d'une solution ancienne, ayant été renversée par la Cour de cassation⁵⁶. Les œuvres graphiques originales jouissent en effet, en droit français, des dispositions relatives au droit moral et notamment au droit au respect de l'œuvre⁵⁷. La jurisprudence se montre traditionnellement stricte avec les entités faisant usage d'une image en sanctionnant toute modification ou réduction⁵⁸ non voulue par l'auteur⁵⁹. La réduction d'une image modifiant l'esprit de l'œuvre⁶⁰ sans le consentement de son auteur – et donc la création d'une ancre – viole le droit à l'intégrité⁶¹ de l'auteur. Toute réduction d'une œuvre graphique pour la constitution d'une ancre sera donc interdite en l'absence de l'autorisation de l'auteur. Les créateurs de liens devront par conséquent constituer des ancres sans réduire l'œuvre vers laquelle ils mènent ou solliciter

55. La jurisprudence française avait en effet retenu la légalité de la réduction d'images protégées dans un index. Voir Cass. crim., 19 mars 1926, DP 1927, 1, p. 25, Note Nast.

56. Cass. ass. plén., 5 nov. 1993, JCP 1994 II 22201, note Françon.

57. Paris, 15 mai 1998, Jurisdata n° 1998-021910 ; Montpellier, 9 oct. 1996, JCP 1998. IV. 1282.

58. CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet.

59. L'auteur peut s'accorder par contrat sur la modification de son œuvre. Voir F. Pollaud-Dulian, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 752 s. – 755 s.

60. CA Paris, 28 juill. 1932, DP 1934. 2. 139, note Lepointe.

61. S. Grégoire, « *Exercice des droits des auteurs – droit moral – droit au respect* », Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, 1213, 3 mars 2002, 60-61.

l'autorisation de l'auteur afin de reproduire son œuvre. Le référencement perd ainsi en efficacité.

Les droits moraux constituent par conséquent une limite à la liberté de créer une ancre. Ils participent néanmoins à la construction d'un internet plus sûr intellectuellement. Une fois constituée l'ancre, l'internaute va pouvoir mener les visiteurs vers d'autres pages.

II. LA LIBERTÉ D'ÉTABLIR UN LIEN FACE AU DROIT D'AUTEUR

Une fois l'ancre constituée, l'internaute aura besoin de la liberté d'établir un lien pour mener depuis son site vers une page cible. Le lien permettra à l'internaute de prendre connaissance d'une œuvre, ce qui pose la question de l'application des droits de reproduction et de représentation lors de l'établissement du lien (A). Les droits américain et européen convergent globalement lorsque les droits patrimoniaux sont appliqués aux liens. Néanmoins, la divergence en matière d'établissement de liens face aux droits moraux et aux droits *sui generis* (B) a pour conséquence d'offrir des accès différents à la culture et aux informations.

A. Les droits de reproduction et de représentation lors de l'établissement du lien

Les liens permettent une division de l'auctorialité⁶² entre les auteurs de l'œuvre et les internautes. En effet, loin de précipiter la mort de l'auteur⁶³, les hyperliens autorisent la constitution d'un discours collectif incluant l'auteur initial, les créateurs de liens ainsi que les internautes⁶⁴. Le droit n'a cependant pas vocation à attribuer des droits aux lectures particulières des œuvres que permet cette explosion de l'auctorialité car il ne s'agit que d'idées de libres parcours.

Lorsque l'internaute voyage sur le réseau après avoir cliqué sur le lien il ne violera pas de droit d'auteur ou de *copyright* sur le chemin emprunté étant donné qu'il est établi de façon algorithmique sans qu'un auteur ne fasse preuve d'originalité. Si cette phase est sécurisée pour les créateurs de liens, il n'en va pas de même de l'arrivée sur la page liée.

En effet, après que l'internaute a effectué le voyage jusqu'à la page liée, le droit de reproduction pourra encore être sollicité. Il en ira ainsi notamment lorsque le lien aura pour effet d'intégrer le contenu lié sur la page contenant l'ancre qui pourrait apparaître comme une œuvre dérivée.

62. L'auctorialité est la définition ou l'image d'un auteur qui devient une construction socio-historique donnant du sens à son œuvre. Voir M. Mendes Gallinari, « La « clause auteur » : l'écrivain, l'ethos et le discours littéraire », in *Argumentation & Analyse du Discours*, mars 2009, accessible à <http://aad.revues.org/663> (dernier accès : 1/05/2015).

63. R. Barthes, « *La mort de l'auteur* », in *Le Bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Seuil, 1984, p. 63-69.

64. N. Elsa et al., « *Culture numérique et auctorialité : réflexions sur un bouleversement* », *A contrario*, 1/2012 (n° 17), p. 34.

La Convention de Berne ne propose pas de définition conceptuelle de l'œuvre dérivée. L'article 2.3 propose simplement une liste non-exhaustive d'œuvres composites incluant « les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique » qui jouissent de la même protection que les œuvres originales sans préjudice des droits de l'œuvre originale. La liste laisse une large marge d'interprétation aux États en s'abstenant de définir des critères et en ne proposant que des exemples. Le texte de la Convention écarte *a priori* la possibilité de création d'œuvres composites par un lien. La section 101 du *Copyright Act* définit la « *derivative work* » comme celle basée sur une ou plusieurs œuvres préexistantes et propose une liste non exhaustive de *derivatives works* plus prolixes que le Code de la propriété intellectuelle français. La section 101 propose une *summa divisio* différente de l'approche française. La jurisprudence américaine a eu l'occasion de s'interroger sur la possibilité pour un lien hypertexte de créer une *derivative work*. Dans un premier temps, l'arrêt américain *Futuredontics v. Applied Anagramics*⁶⁵, qui concernait des liens cadres vers des images protégées, a retenu que le demandeur n'apportait pas la preuve que l'hyperlien avait pour conséquence la création d'une *derivative work*. Puis, dans l'arrêt *Perfect 10 v. Google*⁶⁶, qui concernait également des liens cadres, la jurisprudence n'a pas tranché *expressis verbis* la question de la création d'une *derivative work* par un lien mais a apporté un début de réponse. L'arrêt a rejeté le *incorporation test*, qui proposait de retenir la qualification de *display* au sens de la section 106 du *Copyright Act* dès lors que l'œuvre apparaît visuellement comme

65. *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341, 8 U.S.P.Q.2d 1171 (9th Cir. 1988).

66. *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007).

incluse dans une page, au profit du *server test*, qui retient une approche technique et se focalise sur l'origine de la mise en ligne des œuvres. Le choix de l'*incorporation test* et de son approche visuelle aurait ainsi permis de retenir que lorsque l'œuvre apparaît sur le site source dans un cadre original, le lien peut constituer une *derivative work*. Certains auteurs ont donc retenu que le rejet du *server test* a pour conséquence de faire obstacle à la création d'œuvres dérivées par le lien⁶⁷ car l'œuvre sera toujours mise en ligne par le site cible et ne sera pas reproduite par le site source, condition pourtant indispensable à la qualification de *derivative work*. Dès lors, un lien même cadre vers une œuvre ne permettra pas la constitution d'une *derivative work*. Un lien ne permet pas la création d'une œuvre composite car il n'adapte pas dans la mesure où il ne permet pas le passage d'une œuvre littéraire à un autre type d'œuvre⁶⁸. En effet, il ne change pas la nature de l'œuvre⁶⁹ et ne donne pas de nouvelle qualité ni une forme différente à l'œuvre liée⁷⁰. La jurisprudence française n'a en revanche pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de la création d'une œuvre composite par un hyperlien. Néanmoins, nous estimons que les juges ne retiendront pas la création d'une œuvre composite à cause de l'absence de reproduction de l'œuvre liée. La jurisprudence française suivra donc le même chemin que les juges américains en considérant que le mécanisme technique utilisé ne permet pas de reproduire l'œuvre première. Cette solution est en outre

67. Jay Dratler, Jr, Stephen M. McJohn, « *Cyberlaw, Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, § 5A.02 (2).

68. M. Bebster, « *Webster's Third New International Dictionary* », Britannica, 1981 ; M. A. Stoker, « *Framed Web Pages : Framing the Derivative Works Doctrine on the World Wide Web* », University of Cincinnati Law Review, été 1999, 67 U. Cin. L. Rev. 1301.

69. Lee v. A.R.T. Co., 125 F.3d 580, 582 (7th Cir. 1997).

70. M. Bebster, « *Webster's Third New International Dictionary* », Britannica, 1981.

dictée par le principe d'absence d'autorisation préalable à la création du lien⁷¹ qui serait remis en cause si un hyperlien créait une œuvre composite. En effet, l'auteur de l'œuvre composite doit demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première avant son exploitation⁷². Partant, si le fournisseur de lien créait une œuvre composite, il serait tenu de demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première avant toute exploitation et par conséquent avant même la création du lien. Le rejet de l'application de la notion d'œuvre composite aux liens permet ainsi d'assurer la liberté de lier. La solution nous paraît relever du bon sens et permet d'établir un équilibre entre le droit d'auteur et l'accès à l'internet. Elle agit également comme un révélateur du droit d'auteur et du *copyright*. Ces deux droits ne protègent pas l'auteur intellectuel d'une œuvre. Ce n'est donc pas l'auteur d'une œuvre qui est protégé – ce qui aurait eu pour conséquence de protéger toute lecture d'une œuvre – mais l'individu à l'origine d'une création de forme pour autrui. La solution est conforme à la *ratio legis* des premières lois anglaise, américaine et française sur le droit d'auteur qui visaient à inciter à la création d'œuvres.

Néanmoins, même si le lien ne crée pas d'œuvre composite en montrant le contenu lié⁷³, il peut présenter l'œuvre de façon à la reproduire par l'intégration du contenu sur le site ancre. Certains auteurs français ont fait remarquer que dans certains cas le lien a pour effet de proposer une

71. France : Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, 17.

États-Unis : *American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al.*, 977 F. Supp.1228 (N.D. Ga., 1997).

72. A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 4^e édition, Lexisnexis, 2012, p. 229, 231.

73. France : A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 4^e édition, Lexisnexis, 2012, p. 229, 231. États-Unis : *Lee v. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580, 582 (7th Cir. 1997)

présentation similaire à une reproduction⁷⁴ alors qu'aux États-Unis cette position sera rejetée conformément au *server test*. Deux conceptions de la reproduction s'opposent. La française, intellectualisée, est favorable aux auteurs alors que la seconde, technique, est favorable au développement de l'internet. La jurisprudence française a adopté la distinction proposée par une partie de la doctrine qui proposait⁷⁵ de distinguer entre les sites d'impulsion – ayant pour effet de propulser le visiteur vers le site ciblé en quittant le site d'origine – et les liens d'extraction insérant dans le site d'origine des éléments extraits du site ciblé sans nécessairement faire état de façon apparente de leur provenance. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a retenu, dans un jugement du 25 juin 2009⁷⁶, que le lien cadre reproduisait le contenu lié. Les juges n'ont pas sanctionné l'établissement du lien en soi mais la présentation de l'œuvre liée qui laissait penser qu'il s'agissait d'une partie du site source. La Cour de cassation française est allée dans le sens des juges du fond en retenant dans deux arrêts⁷⁷ que, dans certains cas, un lien peut reproduire le contenu lié. En l'espèce, la société Google avait instauré une fonction considérée comme étant « active » et permettant l'accaparement du contenu stocké sur des sites tiers. Il faut donc comprendre que le lien est à l'origine d'une contrefaçon par reproduction lorsque, par sa fonction active, il permet à son créateur de

74. P.-Y. Gautier, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 183, 182.

75. X. Raguin, « *Hyperlien et contrefaçon* », *Légipresse* n° 176, nov. 2000, p. 124

76. TGI Paris, 3^e ch., 4^e section 25 juin 2009, Legalis.

77. Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.666, *Google c. Bac Films*, « Les dissimulateurs » : *JurisData* n° 2012-015877 ; P. Sirinelli, « *Chronique de jurisprudence* : Droit d'auteur et réseaux numériques », *RIDA* n° 234, oct. 2012, p. 489 – 523 ; *Prop. intell.* oct. 2012, n° 45, p. 418, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2012, 1627, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2012, p. 2071, note C. Petit ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 91, note C. Caron ; *RTD com.* 2012, p. 771, obs. F. Pollaud-Dulian. – Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.669, *Google c. Bac Films*, « *L'affaire Clearstream* » : *JurisData* n° 2012-015888 ; *Prop. intell.* oct. 2012, n° 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *Prop. intell.* oct. 2012, n° 45, p. 418, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012, p. 771, obs. F. Pollaud-Dulian.

s'accaparer le contenu du site d'un tiers sur son propre site à l'intention de ses propres clients⁷⁸. Les liens effectueront une reproduction dès lors qu'ils proposent une fonction active permettant l'accaparement du site lié⁷⁹ en droit français. Les juges français ont ainsi fait preuve d'adaptabilité en retenant que la reproduction ne pouvait plus être considérée comme purement matérielle sur un support numérique, conformément à une jurisprudence désormais établie⁸⁰, mais qu'elle était constituée dès lors qu'intellectuellement le résultat est similaire à une copie matérielle. Ce forçage de la définition de l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle est permis grâce à l'expression « par tous procédés » qui ouvre la voie à de nouvelles techniques.

La jurisprudence américaine a adopté la solution inverse dans l'arrêt *Flava Works v. Marques Rondale Gunter*⁸¹ en retenant que le défendeur se contente de fournir une liste de noms et d'adresses de vidéos qui se trouvent sur le site de l'hébergeur et s'abstient d'encourager ou d'assister les internautes à visionner les vidéos. Les juges ont ainsi effectué une transposition de la logique du *server test* de l'arrêt *Perfect 10* applicable au droit de *distribution*. La jurisprudence américaine s'est donc contentée d'une lecture littérale des dispositions du *Copyright Act* et a rejeté une interprétation originaliste qu'a fait sien le juge français. Il n'y a pourtant pas lieu de se contenter d'une analyse

78. Comm. com. electr. n° 9, sept. 2012, comm. 91, note C. Caron : Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down » et JCP G, n° 39, 24 sept. 2012, 1007, note J.-M. Bruguière : liens hypertextes, notice and stay down. – des enseignements à tirer de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2012.

79. Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.666, *Google c. Bac Films*, « Les dissimulateurs » : JurisData n° 2012-015877 ; P. Sirinelli, « *Chronique de jurisprudence* : Droit d'auteur et réseaux numériques », RIDA n° 234, oct. 2012, p. 489 – 523.

80. CA Paris, 4^e ch., 26 sept. 2001 : JCP E 2002, 321, note C. Caron ; Comm. com. électr. 2002, comm. 18, note C. Caron.

81. *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012).

de la technique lors de l'application du droit d'auteur sans considération des effets de présentation qu'elle pourrait avoir. À défaut, les ingénieurs auront tôt fait d'inventer des moyens techniques de contourner les définitions américaine et française du droit de reproduction, tout en proposant à l'utilisateur une visualisation d'une œuvre dans les mêmes conditions que si elle avait été copiée.

Outre la violation du droit de reproduction, le lien pourra violer le droit de représentation de l'auteur. Les droits européen et américain ont établi le principe de la liberté de lien qui limite le droit de représentation. Les créateurs de liens n'ont ainsi pas besoin de solliciter d'autorisation préalable lorsqu'ils créent un lien vers un contenu⁸² conformément à ce que souhaitait l'inventeur des hyperliens Tim Berners-Lee⁸³. Les deux droits⁸⁴ fondent leurs raisonnements sur la protection conférée à la liberté d'expression qui souffrirait d'une trop grande limitation si les liens devaient obtenir une autorisation préalable avant leur établissement.

Si l'autorisation de créer des liens n'a *in fine* pas posé de difficulté particulière, il en est allé autrement lorsque le lien mène vers une contrefaçon.

82. Union Européenne : Article 1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

États-Unis : *American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al.*, 977 F. Supp.1228 (N.D. Ga., 1997).

83. T. Berners-Lee, « *Weaving the Web* », Texere, p. 134.

84. France : Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; TGI Nanterre, 1^{er} ch., 25 mars 2010, Legalis ; CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

États-Unis : *American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al.*, 977 F. Supp.1228 (N.D. Ga., 1997). les liens constituent des moyens d'expressions (*Universal City Studios v. Corley*, 111 F. Supp.2d 294) et, à ce titre, ils bénéficient de la protection du premier Amendement de la Constitution américaine relatif à la liberté d'expression (*ACLU v. Miller*, 977 F. Supp. 1228 (1997)).

La Cour de justice de l'Union européenne a commencé à aborder la question avec l'arrêt *Svensson*⁸⁵. Le raisonnement se divise en deux temps. Dans le premier, les juges reconnaissent que les liens communiquent les œuvres aux internautes en se fondant sur les arrêts *Football Association Premier League*⁸⁶ – retenant que l'acte de communication doit être entendu de façon large⁸⁷ afin de garantir un niveau élevé de protection des titulaires de droit d'auteur – et *SGAE*⁸⁸ – qui avait retenu, en se fondant sur les articles 3 paragraphe 1 de la Directive 2001/29 ainsi que sur l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, qu'il suffit que « l'œuvre soit mise à disposition du public de sorte que les personnes qui composent celui-ci puissent y avoir accès » pour qu'il y ait communication au public. Dans un second temps, les juges européens ont retenu qu'il n'y a pas communication au public dans la mesure où l'œuvre n'est pas communiquée à un public nouveau. Le public est entendu, dans les deux systèmes juridiques⁸⁹, de façon large car il inclut le public potentiel et non pas seulement effectif. Le public est constitué d'une pluralité de personnes, par opposition au cercle des intimes ou le cercle de famille, et distinct de la notion de clientèle⁹⁰. Une critique majeure qui peut être faite à l'arrêt *Svensson* réside dans la définition du public nouveau. Il ne correspond pas à la définition

85. CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12.

86. Voir CJUE, 4 oct. 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 et C-429/08.

87. CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, 17.

88. 7 déc. 2006, *SGAE*, C-306/05, point 43.

89. Union européenne : considérant n° 23 et article 4 de la Directive 2001/29/CE; *Svensson*, 21, se fondant sur *SGAE*, points 37 et 38 ainsi que sur *ITV Broadcasting e.a.*, point 32.

France : Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° de pourvoi : 92-11186.

États-Unis : *On Command Video Corp. v. Columbia Pictures Indus.*, 777 F. Supp. 787, 790 (N.D. Cal. 1991); H.R. Rep. No. 94-1476, at 65 (1976); J. M. Knobler, « *Performance Anxiety : The Internet and Copyright's Vanishing Performance/Distribution Distinction* », *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 2007, 25 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 531.

90. J.-A. Benazeraf, A. Bensamoun, P. Sirinelli, « *Mission droit de communication au public* », *Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique*, déc. 2016, p. 3.

donnée par la jurisprudence en droit international privé qui distingue entre les différents publics selon la théorie de la focalisation en analysant des critères tels que la langue, l'extension du nom de domaine ou encore le public visé⁹¹. Enfin, le critère du public nouveau implique un épuisement⁹² du droit d'auteur – alors que cette théorie était initialement réservée aux supports matériels⁹³ – dès lors qu'une œuvre est téléchargée sur l'internet⁹⁴ que l'arrêt *GS Media*⁹⁵ a nuancé en limitant ce principe aux reproductions licites. Les auteurs n'auront donc comme choix, s'ils veulent maintenir le contrôle sur leurs œuvres, que de placer des mesures techniques efficaces. Il leur est dès lors nécessaire de procéder à une formalité pour protéger leurs droits en violation des dispositions de l'article 5.2 de la Convention de Berne. La CJUE a ainsi introduit une logique d'*opt out* que le droit européen avait toujours rejeté. Cela risque de déboucher sur un internet en grande partie fermée étant donné que les auteurs chercheront à obtenir une rémunération pour l'établissement de liens⁹⁶. Le rôle du créateur du lien doit être incontournable pour que sa

91. France : Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *Aufeminin.com*, n° 11-15165 et 11-15188.

Union européenne : CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal SA c. Ebay Int. AG*; CJUE, 3^e ch., 18 oct. 2012, aff. C-173/11 *Football Dataco Ltd et a. c. Sportradar GmbH et Sportradar AG*.

92. G. Busseuil, « Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public », RLDI, 132, 1^{er} déc. 2016.

93. F. Pollaud-Dulian, « Hyperliens et droit d'auteur, l'imagination de la Cour de justice de l'Union Européenne... à l'œuvre », D., 2016, p. 1905.

94. E. Treppoz, « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », RTD eur. 2014. 695.

95. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

96. E. Treppoz, « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », RTD eur., 2014, 695 ; P. Sirinelli, « Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE », Dalloz IP/IT, 2016, 543.

responsabilité puisse être engagée⁹⁷. C'est ainsi le rôle de facilitateur de l'accès à la contrefaçon qui se voit sanctionné⁹⁸.

La solution était mal fondée juridiquement – et même *contra legem* en ce qu'elle reflète une approche techniciste excluant l'impératif du respect des engagements internationaux de l'Union européenne⁹⁹ – parce que la CJUE a effectué un test de proportionnalité entre libertés fondamentales sans l'assumer. Les juges européens ont donc souligné dans l'arrêt *GS Média* la nécessité d'établir un équilibre entre « l'intérêt des titulaires des droits d'auteur » et la « protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information¹⁰⁰ ». Afin de répondre à cette exigence la CJUE¹⁰¹ a ajouté au critère du public nouveau celui de la volonté contrefaisante assorti d'une présomption en cas de caractère lucratif du lien. Ainsi, les créateurs de liens agissant à but non lucratif sont supposés ne pas avoir connaissance du caractère contrefaisant de la copie liée¹⁰². Néanmoins, si l'internaute agissant à but non lucratif « savait ou devait savoir » que le lien mène vers une contrefaçon, il aurait pour effet de communiquer l'œuvre au public et enfreindrait par conséquent

97. CJUE 26 avr. 2017, C-527/15, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, 67.

98. ALAI, « *On the Right of communication to the public; the Advocate General's Opinions in Filmspeler Case C-527/15 and Ziggo Case C-610/15* », 27 mars 2017, p. 3, accessible à http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170327-ALAI-Provisional-opinion_Filmspeler_Ziggo.pdf (dernier accès : 02/10/2017).

99. E. Treppoz, « *Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international* », RTD eur. 2014. 695.

100. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, 31.

101. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*; CJUE, 14 juin 2017, C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV*; CJUE 26 avr. 2017, C-527/15, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*.

102. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 47.

les dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la Directive 2001/29/CE¹⁰³. L'arrêt *GS Media* étend ainsi la solution de l'arrêt *Del Corso*¹⁰⁴ qui avait retenu, en matière de droits voisins, que le caractère lucratif figure parmi les éléments les plus pertinents à prendre en considération afin de déterminer s'il existe un acte de communication¹⁰⁵. La présomption fonctionne en sens inverse pour les créateurs de liens agissant à but lucratif. En effet, il leur est demandé d'effectuer les « vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent [...] les liens hypertexte¹⁰⁶ ». Dès lors, les juges de Luxembourg ont établi une présomption « que le placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur internet par le titulaire du droit d'auteur¹⁰⁷ ». Il s'agit néanmoins d'une présomption réfragable qu'il sera particulièrement difficile de renverser. Cette approche est sans doute conforme à une dichotomie entre l'internet à titre non-lucratif qui bénéficie d'un régime juridique plus favorable que l'internet lucratif¹⁰⁸. Elle soulève néanmoins la difficulté de la définition de la gratuité sur l'internet¹⁰⁹.

103. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 49.

104. CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/10, *SCF c. Del Corso*.

105. A. Casanova, « Lien hypertexte et renvoi vers un contenu protégé par le droit d'auteur : vers la reconnaissance d'un droit à l'erreur pour les internautes de bonne foi? », Hebdo édition affaires, 483, 13 oct. 2016.

106. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 51.

107. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 51.

108. J.-M. Bruguière, « La jurisprudence *Svensson* sérieusement nuancée », PI, n° 62, 2016, p. 436; F. Diop, « Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt *Stichting Brein* », JAC, 2017, n° 48, p. 36.

109. P. Deprez, « Gratuité et propriété intellectuelle, Le prix de la culture », coll. Mare et Martin, 2011; F. Diop, « Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt *Stichting Brein* », JAC, 2017, n° 48, p. 36.

La CJUE a donc initialement abordé la question de manière semble-t-il maladroite eu égard aux canons classiques du droit d'auteur. Cette approche, bien que critiquable, constitue le résultat d'une prise en considération souterraine¹¹⁰ d'un équilibre entre les droits fondamentaux et la liberté d'accès à internet¹¹¹ que les juges n'ont pas su développer de façon rigoureuse. L'erreur initiale a donc rendu tout l'édifice chancelant en Europe. Les États-Unis n'ont pas eu recours à une recherche d'équilibre entre des libertés fondamentales et appliquent par conséquent un raisonnement plus orthodoxe.

Les juges américains autorisent l'établissement de liens vers des contrefaçons car ce n'est pas le lien en soi qui engage la responsabilité de son créateur mais la présentation de l'ancre¹¹². Ainsi, le défendeur n'engagera sa responsabilité que s'il « *possess either actual or constructive knowledge of the infringing activity to be found contributorily liable*¹¹³ ». L'interdiction de lier vers une contrefaçon est donc limitée dans l'esprit de l'arrêt *Sony*¹¹⁴ car, dès lors qu'un site sera substantiellement non contrefaisant, le lien ne sera pas interdit. Cette solution a été réaffirmée par l'arrêt *Columbia Pictures Industries, Inc.*

110. P. Sirinelli, « *Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE* », Dalloz IP/IT, 2016, 543.

111. P.X. Chomiak de Sas, « *La vente de lecteurs multimédia qualifiée de « communication au public »* », RLDI, 138, 2017.

112. *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

113. « S'il possède une connaissance soit effective ou qu'il peut déduire de l'activité contrefaisante afin d'être considéré comme complice » (traduction libre).

114. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984).

*v. Fung*¹¹⁵ en se référant à la théorie de *inducement*, c'est-à-dire de l'incitation à commettre des contrefaçons lorsque l'utilisation prédominante du site a pour objet la contrefaçon. La jurisprudence américaine a en outre encadré cette interdiction. L'arrêt *Universal City Studios v. Corley*¹¹⁶ a en effet souligné les dangers qu'un régime de responsabilité de plein droit pourrait avoir en se fondant sur l'arrêt *Reimerdes*¹¹⁷ qui avait interdit la distribution d'un logiciel de contournement de mesures techniques. Les créateurs de liens seraient dissuadés de lier, et cela ferait obstacle à l'accès aux contenus en ligne. L'arrêt a par conséquent établi un test en trois étapes reprenant et modifiant l'arrêt *Sullivan*¹¹⁸ relatif à la liberté d'expression pour établir la responsabilité du créateur de lien vers un logiciel permettant le contournement de mesures techniques efficaces. Le créateur de lien doit savoir (1) au moment opportun¹¹⁹ que le site lié comportait des contenus contrefaisants, (2) que la technique permettant le contournement ne peut être légalement proposée, (3) crée ou maintient le site dans l'objectif de disséminer cette technologie. L'arrêt a donc intégré dans le test l'exigence que le créateur de lien avait connaissance de la présence du contenu contrefait au moment de la création du lien.

115. *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

116. *Universal City Studios v. Corley*, 273 F.3d 429, 2001 U.S. App. LEXIS 25330, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1953, Copy. L. Rep. (CCH) P28,345, Comm. Fut. L. Rep. (CCH) P28,345 (2d Cir. N.Y. 2001).

117. *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 2000 U.S. Dist. LEXIS 11696, 55 U.S.P.Q.2D (BNA) 1873, Copy. L. Rep. (CCH) P28,122 (S.D.N.Y. 2000), 340.

118. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 283, 11 L. Ed. 2d 686, 84 S. Ct. 710 (1964).

119. « *Relevant time* » (traduction libre).

Les solutions française et américaine manquent de nuance. En effet, il ne semble pas que la création d'un lien par un journaliste afin d'illustrer son article, la fourniture d'un lien par un activiste agissant contre le droit d'auteur par conviction, ou encore l'établissement d'un lien par une société afin de tirer des bénéfices constituent des situations similaires pouvant être traitées de la même façon¹²⁰.

La liberté d'établir des liens est donc garantie de façon assez large. Elle se trouve renforcée par le principe de neutralité des liens. Les internautes pourront en effet créer tous les types de liens qu'ils souhaitent¹²¹. Les doctrines française¹²² et américaine¹²³ s'étaient initialement interrogées sur la nécessité de distinguer entre les différents types de liens. Il avait notamment été suggéré qu'il est nécessaire de distinguer entre la légalité des liens de surface – qui mènent vers la page d'accueil d'un site – et les autres types de liens qui étaient censés être illicites *per se*. La jurisprudence américaine¹²⁴ a été la première à être saisie de la question. Elle a retenu que les liens – sans distinction – sont capables de « *substantive non infringing use* » sur le fondement de l'arrêt *Sony*¹²⁵. Cet arrêt avait retenu qu'une technologie peut être utilisée

120. S.L. dogan, « *Infringement once Removed: The Perils of Hyperlinking to Infringing Content* », 87 Iowa L. Rev. 829, mars, 2002.

121. Union européenne : CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12; CJUE, 21 oct. 2014, C-348/13, *Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*. États-Unis : *Bernstein v. JC Penney, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 19048, 50 U.S.P.Q.2D (BNA) 1063, Copy. L. Rep. (CCH) P27,824, 26 Media L. Rep. 2471 (C.D. Cal. Sept. 29, 1998).

122. A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », Lexisnexis, 2012, p. 292, 309; Commission du droit d'auteur du Canada, « *Tarif 22* », 2 octobre 1999, p. 48.

123. N. Ide, A. Strowel, « *Liability With Regards to Hyperlinks* », 24 Colum. -VLA J.L. & Arts 403, été 2001.

124. *Bernstein v. JC Penney, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 19048, 50 U.S.P.Q.2D (BNA) 1063, Copy. L. Rep. (CCH) P27,824, 26 Media L. Rep. 2471 (C.D. Cal. Sept. 29, 1998).

125. *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, 442, 78 L. Ed. 2d 574, 104 S. Ct. 774 (1984).

et commercialisée dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une utilisation licite substantielle. Le recours à l'arrêt *Sony* souligne donc le fait que la nature des liens est indifférente dès lors qu'ils sont tous susceptibles de faire l'objet d'une utilisation licite substantielle¹²⁶. Les juges ont par conséquent suivi la doctrine libertaire et majoritaire. La jurisprudence française a opéré une distinction, dans un jugement du 26 décembre 2000¹²⁷, entre la légalité des liens simples et l'illégalité des autres liens à l'instar d'autres jurisprudences européennes¹²⁸. Le TGI de Nanterre¹²⁹, puis le TGI de Nancy¹³⁰, ont en effet retenu que les liens profonds et les liens cadres sont légaux. L'arrêt *Ticketmaster v. Ticket.com*¹³¹ avait également retenu le principe de la licéité des liens profonds, et l'arrêt *Futuredontics v. Applied Anagramics*¹³² avait retenu la même solution pour les liens cadres¹³³. Cette évolution a ainsi mis fin à la distinction en droit français entre les différents types de liens et a permis une convergence avec le droit américain¹³⁴. Il est ainsi interdit de distinguer entre les différents types de liens dans les deux pays. Le standard de l'autorisation implicite constituerait

126. 11 DPLBLJ 185, DePaul Business Law Journal, « *Linking and Framing on the Internet : Liability under Trademark and Copyright Law* », automne-hiver, 1998.

127. Tribunal de commerce de Paris, Ordonnance de référé, 26 déc. 2000, Legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=81 (dernier accès : 29/10/2014).

128. *Shetland News v. Shetland Times*, 24 octobre 1996, Court of Session, Édimbourg, accessible à <http://www.linksandlaw.com/decisions-87.htm> (dernier accès : 14/09/2014); AAP Madrid, Secc. 2^a, 11.9.2008 (ARP 2008\498; MP : Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia).

129. TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 mars 2010, RLDI 2010/60

130. TGI Nancy, pôle civil, section 1, 6 déc. 2010, Legalis.

131. *Ticketmaster v. Ticket.com*, Case No. 99-CV-07654.

132. U.S. District Court (CD CA), Case No CV 97-6991 ABC (MANx), 1998 U.S. Dist. LEXIS 2265; 45 U.S.P.Q.2D (BNA) 2005.

133. En l'espèce le lien a été considéré comme illicite à cause des particularités des faits. Le défendeur avait effectivement manipulé un tiers au demandeur afin de créer des liens des œuvres du demandeur vers le site du défendeur.

134. *Futuredontics v. Applied Anagramics*, U.S. District Court (CD CA), Case No CV 97-6991 ABC (MANx), 1998 U.S. Dist. LEXIS 2265; 45 U.S.P.Q.2D (BNA) 2005.

ainsi, dans une perspective Rawlsienne, un élément de justice procédurale en matière de *copyright*¹³⁵ visant à une répartition plus juste des ressources. Étant donné que les droits d'auteur français et européen ont adopté la même solution, il y a lieu de conclure qu'ils assurent eux aussi une répartition plus juste des ressources.

Les deux droits vont néanmoins converger sur l'interdiction de contournement des mesures techniques efficaces conformément aux dispositions de l'article 11 du traité de l'OMPI. Dès lors, la création d'un lien vers une page contenant une mesure technique efficace et permettant son contournement devra être considérée illégale dès lors qu'elle contient des œuvres protégées. Le traité OMPI a donc conféré un droit de mise à disposition qui, s'il ne constitue pas un droit d'accès absolu¹³⁶, autorise une restriction de l'accès sur internet¹³⁷. Cela permet certes aux auteurs de maintenir l'état de rareté artificielle de leurs œuvres, mais ce faisant, ils participent de l'enclosure de l'internet. La CJUE s'est conformée à la *ratio legis* de l'article 11 du traité OMPI en retenant explicitement dans l'arrêt *Svensson*¹³⁸ que les hyperliens peuvent contourner les mesures techniques efficaces et, ce faisant, ils communiqueront l'œuvre à un public non visé initialement qui sera donc considéré comme nouveau¹³⁹. Le second critère

135. O. Fischman Afori, « *Implied License : an Emerging New Standard in Copyright Law* », 25 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 275.

136. J.-C. Ginsburg, « *From Having Copies to Experiencing Works : The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law* », Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 8, New York 2000, p. 3.

137. T. Hoeren, « *Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?* », Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, p. 349.

138. CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

139. que « dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre

de la représentation, à savoir le nouveau public, peut ainsi être opposé dès lors qu'un lien contourne une mesure technique efficace. L'arrêt *Svensson* rejoint ainsi une position doctrinale¹⁴⁰ considérant que l'établissement du lien est libre tant que l'auteur n'a pas eu recours à des systèmes de limitation de l'accès à ses œuvres. La jurisprudence américaine n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Elle se fonderait *a priori* sur la section 1 201 (a) (1) du *Copyright Act* interdisant le contournement des mesures techniques efficaces. Le DMCA n'introduit pas *expressis verbis* un droit d'accès, c'est-à-dire la possibilité pour l'auteur de contrôler la lecture ou le visionnage de son œuvre. Il y a donc lieu de penser que les juges interdiront, comme au sein de l'Union européenne, les liens contournant les mesures techniques installées sur un site.

B. Les divergences en matière d'établissement de liens face aux droits moraux et aux droits *sui generis*

Les droits français et américain divergent sur la question des droits moraux (1) ainsi que du droit *sui generis* des bases de données (2).

protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public » (nous soulignons), à 31.

140. V. Varet, « *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes* », *Légipresse* n° 196, nov. 2002, p. 139.

1) L'établissement des liens face aux droits moraux

Certains droits moraux ont pour effet, lorsqu'ils se trouvent appliquer à l'internet, de limiter l'accès à la culture. En revanche, le droit de paternité et d'intégrité ont l'effet inverse et favorisent l'accès à la culture.

Le droit de divulgation pourra s'opposer aux créateurs de liens. La jurisprudence française ne s'est cependant pas encore prononcée sur la question. Néanmoins, étant donné que le droit français reconnaît un principe général¹⁴¹ d'interdiction de l'établissement d'un lien vers un contenu illicite, il y a lieu de conclure qu'un lien menant vers une copie d'une œuvre violant le droit de divulgation constituera une violation dudit droit. La solution sera identique pour le droit de retrait et de repentir. L'auteur bénéficie donc d'un droit d'isolement d'une contrefaçon en droit français s'inscrivant dans une logique de *webring*, c'est-à-dire d'exclusion des contenus illicites. Les États-Unis n'ont jamais connu de droit de divulgation même avant l'arrêt *Dastar*¹⁴² qui marquait une sortie de la conception libérale du droit des marques qui avait servi d'équivalent fonctionnel aux droits moraux.

À côté des droits moraux limitant l'accès aux œuvres, les droits de paternité et au respect de l'œuvre assurent au public l'accès à la culture qu'il recherche. En effet, en imposant une liaison correcte entre une œuvre et son

141. TGI 12 mai 2003, 4 janv. 2002 : Gaz. Pal. 12 oct. 2004, n° 286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, Legalis ; PARIS, pôle 5, ch. 13, 1^{er} juill. 2011, N° 10/08129 ; Cass. crim., 21 févr. 2012, n° de pourvoi : 11-80738 ; CA Aix en Provence, 10 mars 2004, jurisdata : 2004-240851 ; CA Paris, 25 mai 2012 ; Cass. crim. 25 sept. 2012 ; CA Paris, 25 mai 2012 ; Cass. Crim., 18 juin 2013.

142. *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 123 Ct. 2041, 2046, 156 L. Ed. 2d 18, 66 U.S.P.Q.2d 1641, 1645 (U.S. 2003).

auteur, le droit français permet aux internautes de prendre connaissance du nom de l'auteur d'une œuvre et, par conséquent, de son origine intellectuelle. Le TGI de Paris¹⁴³ a effectué une analogie inopportune avec la jurisprudence des théâtres en imposant aux créateurs de liens d'établir un lien interne au site entre l'œuvre et le nom de l'auteur. Or, l'établissement d'un lien vers une page externe au site présentant le nom de l'auteur ne s'avère pas moins protecteur du nom de l'auteur qu'un lien interne. Le lien devra en outre montrer le nom de l'auteur de façon précise. Il risque cependant d'en aller différemment lorsqu'un créateur de lien crée un cadre. Dans une telle hypothèse, l'œuvre apparaît sur la page contenant l'ancre sans que l'internaute n'ait besoin de cliquer pour se rendre sur la page cible. Dès lors, le principe d'accessibilité du nom de l'auteur commande au créateur de lien de mentionner le nom près du cadre ou du moins à un emplacement directement accessible. Il nous semble qu'il en ira ainsi lorsque le lien présente une fonction active.

Les exigences quant à la précision seront en outre profondément différentes entre les deux droits. Il est ainsi interdit d'indiquer, en droit français, un lien de paternité imprécis ou erroné¹⁴⁴. Cette interdiction est d'autant plus large qu'elle s'applique aussi bien aux erreurs involontaires qu'aux fausses attributions volontaires¹⁴⁵. Le droit français accepte néanmoins une légère entorse au principe de précision. En effet, lorsqu'un tiers à l'auteur exprime un doute quant à la paternité d'une œuvre, il ne violera pas le droit de

143. TGI Paris, 6 juin 2008, 3^e ch., 2^e section, n° de RG : 08/05391, Legalis.

144. CA Paris, 13^e ch., 23 mars 1992, RIDA n° 155, janv. 1993, p. 181. ; TGI Paris, 3^e ch., 20 sept. 2011, Giacometti, Propr. intell. 2011, p. 394, obs. A. Lucas.

145. Les deux situations seront cependant réprimées différemment. Alors que l'erreur ne sera sanctionnée que civilement faute d'élément moral, la fausse attribution volontaire sera sanctionnée civilement et pénalement.

paternité¹⁴⁶. La solution aurait été tout à fait différente si les juges américains avaient été saisis. En effet, le caractère interne ou externe d'un lien n'induit pas en soi de risque de confusion pour les consommateurs au sens de la section 43 (a) du *Lanham Act*. Ce ne sera que lorsque la liaison établie constitue une publicité trompeuse que le lien sera considéré comme illégal, mais cela reste indépendant du caractère interne ou externe du lien. Le droit américain ne reconnaissant pas de droit de paternité, il ne sanctionnera pas l'absence de lien vers le nom de l'auteur. Le droit français protège l'auteur alors que le droit américain protège le technicien. Les deux droits adoptent ainsi deux approches opposées.

En outre, le droit à l'intégrité permet aux auteurs d'interdire en France – à l'inverse des États-Unis – la création de liens contraires à leurs conceptions intellectuelles. La jurisprudence française n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question d'un lien menant depuis une œuvre vers un contenu idéologiquement ou philosophiquement différent. Il serait néanmoins conforme à l'état du droit français de retenir qu'un lien menant vers un contenu idéologique, artistique, politique ou culturel différent de celui pensé par l'auteur viole le droit à l'intégrité de l'œuvre¹⁴⁷. Il a en effet été retenu que la présentation d'un article « savant et documenté », dans un journal gratuit et au milieu de nombreuses publicités viole le droit à l'intégrité de l'œuvre¹⁴⁸. Par analogie, la création d'un lien vers une œuvre savante à partir d'une page en accès libre contenant de nombreuses publicités devrait violer le

146. JCL. Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1214, 27.

147. G. Haas et O. De Tissot, « *Les liens hypertextes sous le régime de la liberté contrôlée* », *Annonces de la Seine*, 20 mars 2000, p. 1, spéc. p. 3.

148. CA Caen, 1^{re} ch., 6 mai 1997, JCP G 1998, IV, p. 2928, *Juris-Data*, n° 049489.

droit à l'intégrité de l'œuvre. Il en ira de même dès lors qu'un tiers donne une idée inexacte de l'œuvre¹⁴⁹ qu'il reproduit ou représente ou qu'il déforme la « pensée générale¹⁵⁰ » de l'auteur. Dès lors, les créateurs de liens devront être attentifs à la cohérence entre le site source et le site cible. Il en ira de même si l'internaute propose une série de liens vers différentes œuvres qui devront être intellectuellement compatibles entre elles¹⁵¹. Enfin, la jurisprudence française retient traditionnellement que la présentation d'œuvres dans un ordre non voulu par l'auteur constitue une violation du droit à l'intégrité¹⁵², surtout lorsque l'œuvre originale et la présentation par le tiers visent des publics différents¹⁵³. Ces situations pourront se vérifier sur l'internet lorsque les œuvres sont accessibles à partir d'hyperliens. Le droit américain appliquera la même solution que dans l'arrêt *Shostakovitch*¹⁵⁴ et retiendra qu'aucun droit du titulaire du *copyright* n'est violé. L'accès à une information fiable est ainsi, aux États-Unis, sacrifié sur l'autel de la liberté d'expression.

Les droits français et américain convergent néanmoins lorsque la présentation d'une œuvre est effectuée dans un contexte pornographique. En effet, une telle présentation d'une œuvre sera sanctionnée en droit américain¹⁵⁵

149. Cass. civ. 1^e, 5 mars 1968 : D. 1968. 382.

150. CA Paris, 10 oct. 1957 : Gaz. Pal. 1958. 1. 27.

151. P.-Y. Gautier, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 230, 218 : il est affirmé qu'un comédien récitant plusieurs textes devra être attentif à leur cohabitation, tout comme l'auteur d'une compilation musicale. Le même raisonnement a vocation à s'appliquer en matière d'hyperliens.

152. CA Paris, 7 juin 1982 : RIDA n° 114, oct. 1982, p. 177.

153. Il en va ainsi notamment d'une œuvre cinématographique destinée au plus grand nombre se trouvant moulée dans un texte visant un public plus réduit. Voir notamment Cass. civ. 1^e, 22 nov. 1966, D. 1967, p. 485, note H. Desbois.

154. *Shostakovitch v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 80 N.Y.S.2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1948), aff'd, 87 N.Y.S.2d 430 (N.Y. App. Div. 1949).

155. *Benson v. Paul Winley Sales Corp.*, 452 F. Supp. 516 (S.D.N.Y. 1978).

sur le fondement de la section 43 (a) du *Lanham Act* et en droit français¹⁵⁶ en tant que violation du droit moral à l'intégrité. Le dénominateur commun des deux droits, en matière de droit à l'intégrité, se trouve donc limité à la présentation d'une œuvre dans un contexte pornographique.

L'internet joue ainsi le rôle d'une marée descendante découvrant les défauts initialement cachés par l'océan. En effet, dans de nombreux cas, l'absence de droit à l'intégrité était compensée, en droit américain, par le droit de reproduction qui permet aux titulaires du *copyright* d'interdire toute modification de leurs œuvres étant donné que cela nécessitait une copie¹⁵⁷. Cependant, avec l'invention des hyperliens, l'intérêt des droits moraux se trouve renforcé. Ainsi, loin de constituer des reliquats d'un passé qu'il faudrait jeter aux oubliettes, les droits moraux se montrent plus moderne que jamais. En revanche, nous ne soutiendrons pas la pertinence du droit *sui generis* sur internet.

2. Les liens face au droit *sui generis*

Le droit américain n'ayant pas introduit de protection *sui generis* des bases de données l'établissement d'hyperliens se trouvera facilité. La jurisprudence française a partiellement convergé vers cette solution dans la mesure où elle ne reconnaît pas facilement l'existence de la protection. Ainsi, le TGI de Paris¹⁵⁸ a

156. C. Caron, « *Contrefaçon de phonogrammes sur Internet grâce aux liens hypertex.es et aux fichiers MP3* », *Comm. com. électr.* 2000, comm. 76; TGI Paris, 15 mai 1991 : JCP 1992. II. 21919, note Daverat; RIDA n° 152, avr. 1992, p. 209.

157. Dans ces hypothèses le droit américain s'avère même plus dissuasif que le droit d'auteur français, malgré sa dualité, car les dommages et intérêts aux États-Unis dépassent de loin ceux alloués par les juridictions françaises.

158. TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} sect., 1^{er} févr. 2011, *Sté Adenclassifieds c. Sté Solusimmo*, Legalis.

retenu que l'indexation de références immobilières en fonction de la situation des biens, du type, de la surface, du nombre de pièces et du prix ne constitue pas une extraction de la base de données. Les juges ont ainsi retenu que le caractère banal de ces informations fait obstacle à leur qualification d'éléments qualitativement substantiels de la base de données. Le lien ne pourra en revanche pas effectuer de réutilisation des données¹⁵⁹, permettant au droit européen de converger vers le droit américain¹⁶⁰. Cette approche surprend car le critère de banalité n'a pas été mentionné par la directive relative aux bases de données qui confère une protection dès lors qu'un investissement substantiel a été effectué. Il fait en revanche référence à l'originalité qui relève du droit commun du droit d'auteur et qui a été exclu de la directive. Les juges auraient donc dû se contenter de mentionner le critère de l'extraction substantielle au lieu de tomber dans une confusion des genres. Ces solutions donnent l'impression que les juges tentent de trouver des raisonnements afin d'assurer la liberté de lier. Néanmoins, les créateurs de liens devront être attentifs à ce que les éléments qu'ils référencent ne soient pas intégrés dans une base de données protégée par le droit *sui generis*.

Les droits européen et américain convergent donc sur le principe de la liberté de lier qu'ils ont limité de façons différentes. Les deux systèmes convergent philosophiquement en ce qui concerne la protection de la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens, mais les différences de chaque droit reflètent les divergences civilisationnelle des deux espaces.

159. CJUE, 3^e ch., 18 oct. 2012, aff. C-173/11 *Football Dataco Ltd et a. c. Sportradar GmbH et Sportradar AG*.

160. *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

CONCLUSION

L'application du droit d'auteur français et du *copyright* américain aux hyperliens manuels converge donc souvent en pratique, mais des différences culturelles fondamentales font obstacle à une plus grande harmonisation. Le droit américain présente une cohérence qui fait parfois défaut au droit français à cause non seulement de sa confrontation à un outil né dans une culture différente, mais également à l'harmonisation incomplète du droit européen.

Il est temps désormais pour le législateur européen de prendre position sur la question de l'établissement des liens manuels afin de ne pas exposer l'Union européenne à de possibles sanctions par l'Organisation Mondiale du Commerce pour violation de la Convention de Berne. Il pourra pour cela s'inspirer des recommandations du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique¹⁶¹ proposant de codifier les règles établies par la jurisprudence européenne.

161. CSPLA, « *Mission droit de communication au public* », déc. 2016, p. 45 s.