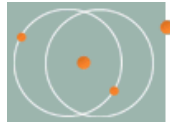


Le Forum des droits sur l'internet



www.foruminternet.org

RECOMMANDATION

HYPERLIENS : STATUT JURIDIQUE

Rendue publique le 3 mars 2003

Contact :
contact@foruminternet.org

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
I – L’HYPERLIEN OU L’ESSENCE DU WEB	6
A. Le lien, instrument d’une communication multidirectionnelle.....	6
1. Aperçu historique	6
2. Les outils de recherche	8
3. Fonction technique et utilité sociale des hyperliens.....	8
B. Définitions et techniques de liaison	11
1. Définitions de l’hyperlien	11
1.1. Quelques précisions techniques	11
1.2. Définition proposée par le Forum des droits sur l’internet	12
2. Les techniques de liaisons	13
II.- L’HYPERLIEN CONFRONTÉ AU MONOPOLE D’EXPLOITATION DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	16
A. Débat sur la mise en œuvre des droits patrimoniaux	16
1. Interprétation selon laquelle une autorisation préalable est toujours nécessaire pour établir un hyperlien.....	17
1.1. Arguments économiques	17
1.2. Arguments juridiques.....	18
1.2.1. Dans le cas de la représentation	18
1.2.2. Dans le cas de la reproduction.....	18
1.3. Arguments complémentaires.....	19
1.3.1. L’hyperlien n’est pas un simple renvoi	19
1.3.2. La possibilité de prévoir un accès conditionnel est inopérante.....	19
1.3.3. Les règles de la propriété intellectuelle sont soutenues par la déontologie... ..	20
2. Interprétation refusant le principe de l’autorisation préalable.....	20
2.1. Arguments techniques et sociaux.....	20
2.1.1. L’hyperlien participe nécessairement à la communication sur le web	20
2.1.2. La maîtrise technique des hyperliens	20
2.1.3. Considérations tenant à l’ « esprit du web »	21
2.1.4. La déontologie n’interdit pas l’établissement des hyperliens	21
2.2. Neutralité du lien vis-à-vis des droits patrimoniaux	22
2.2.1. L’hyperlien ne consiste pas en soi en un acte de représentation.....	22
2.2.2. L’hyperlien ne consiste pas en un acte de reproduction	23
3. Pour une application raisonnable du droit de la propriété littéraire et artistique à l’hyperlien	23
3.1. Critiques des deux interprétations.....	24
3.2. Position consensuelle adoptée par les membres du groupe de travail	24
B. Application du droit moral	26
C. Le droit des bases de données	27
D. Le droit des marques.....	30
III.- HYPERLIENS ET CONCURRENCE	32
A. L’apport du droit de la concurrence à l’analyse juridique de l’hyperlien	32
1. Le droit de la concurrence : un droit spécifique.....	32
2. Contentieux du Conseil de la concurrence relatifs à l’internet.....	32

3. La jurisprudence du Conseil de la concurrence sur les moteurs de recherche	33
B. Le droit de la concurrence déloyale	35
1. Le cadre général de la concurrence déloyale	35
1.1. Conceptions doctrinales.....	35
1.2. Construction jurisprudentielle.....	36
2. L'application de la concurrence déloyale à l'utilisation des hyperliens	36
2.1. Hyperlien et dénigrement	36
2.2. Hyperlien et confusion (détournement de clientèle)	37
2.2.1. Les affaires Keljob	37
2.2.2. L'affaire Stepstone.....	39
2.2.3. L'affaire Ornis	39
IV.- RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET	41
A. Conception générale de l'hyperlien.....	41
1. Liberté de lier	41
2. Respect du droit des tiers.....	42
B. Recommandations pratiques à destination des acteurs	42
1. Recommandations aux personnes établissant des hyperliens	42
2. Recommandation aux titulaires de sites.....	44
ANNEXE 1 : COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL	46
ANNEXE 2 : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	45
ANNEXE 3 : TABLEAUX DE SYNTHÈSE.....	45

INTRODUCTION

La création d'un groupe de travail sur les hyperliens a été décidée au mois d'octobre 2001 à la suite de la première consultation publique que le Forum des droits sur l'internet avait organisé sur son site, en juin et juillet 2001. Ce sujet avait alors soulevé un vif intérêt de la part des internautes tant sur le principe de la liberté d'établir des liens que sur celui de la responsabilité qui peut en découler.

Réunissant des représentants des secteurs marchands et non-marchands de l'internet, de l'administration et des personnalités qualifiées du monde de l'université et du milieu judiciaire, le groupe de travail a tenu 19 réunions et procédé à 17 auditions (voir en annexe la présentation du groupe et la liste des personnes auditionnées).

Objectifs

Ce rapport sur le statut juridique des hyperliens s'efforce d'identifier les problèmes soulevés en droit par l'acte même consistant à établir un ou plusieurs liens vers des contenus licites appartenant à des tiers et de définir un cadre juridique susceptible d'en permettre l'exercice. Plus concrètement, il s'agit d'étudier le degré de liberté dont l'acte de lier peut bénéficier suivant les circonstances dans lesquelles il s'inscrit.

Ce document concerne tous les professionnels et utilisateurs de l'internet intéressés par l'une des questions les plus difficiles, parce que sans doute la plus novatrice juridiquement, que pose le web : celle du statut juridique de l'hyperlien.

Un second rapport sur la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens établis vers des contenus illicites, dont le sujet a d'ores et déjà fait l'objet de nombreuses auditions, viendra compléter celui-ci.

Les conclusions de ces travaux enrichiront ceux de la Commission européenne qui envisage d'amender la directive 2000/31/CE « commerce électronique » par la remise d'un rapport en juin 2003.

Méthodologie suivie

La question de l'hyperlien a souvent été abordée par les juristes sous l'angle de la propriété littéraire et artistique. Cela tient au fait que l'internet nous projette naturellement dans le domaine de l'immatériel et que la « PLA » a semblé la branche du droit la plus adéquate pour qualifier les phénomènes d'appropriation – précisément immatériels – dus aux hyperliens¹.

Pour autant, le droit civil n'ignore pas non plus l'immatériel² et l'on peut constater que la majorité des affaires judiciaires ayant eu à traiter du statut de l'hyperlien ont évité de recourir aux notions de la propriété littéraire et artistique *stricto sensu* pour le qualifier³, lorsqu'elles n'ont pas explicitement refusé leur mise en œuvre⁴.

¹ Les juridictions françaises ont cependant traité peu d'affaires sous l'angle exclusif de la propriété littéraire et artistique. Elles n'ont généralement eu à le faire que pour des liens pointant vers des contenus eux-mêmes contrefaisants, voir par ex. TGI Saint-Étienne, jug. corr., 6 décembre 1999, *SACEM et autres c/ Roche* et Battie et TGI Epinal, jug. corr., 24 octobre 2000, *SCPP et autres c/ X* (décisions disponibles sur le site du *Forum des droits sur l'internet*, <http://www.foruminternet.org>). Les jurisprudences étrangères ne sont pas non plus légions et présentent généralement des circonstances particulières. Par exemple, l'affaire *Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corporation*, No. 00-55521, 280 F.3d 934 (9th Cir., February 6, 2002) qui concernait un cas d'inclusion d'images par hyperliens (voir définitions des techniques de liaisons au paragraphe I.B.2. du présent rapport).

² Audition du Professeur François Terré au Forum des droits sur l'internet, 7 juin 2002.

³ Voir notamment : CA Paris, 25 mai 2001, *SA Keljob c/ SA Cadremploi* ; TGI Paris, 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c/ SA Keljob* ; T. Com. Rouen, référé, 23 avril 2001, *SARL CAP et Société Le Monde Interactif contre*

Le groupe de travail est donc parti du principe que l'hyperlien devait être examiné de façon générale sans donner l'exclusivité à telle ou telle branche du droit.

Toutefois, dans un souci de méthode, il a décidé de réfléchir à l'hyperlien d'abord sous l'angle de la propriété intellectuelle, ensuite dans ses rapports avec le droit de la concurrence puis, enfin, sous l'angle de la responsabilité de droit commun et de la concurrence déloyale.

Des points de vue sensiblement différents ont été exprimés au sujet de la mise en œuvre des principes posés par la propriété littéraire et artistique. Pour clarifier les positions et afin que chacun puisse faire valoir complètement ses idées, une note intermédiaire a été produite sur ce sujet en juin 2002⁵. Cette note a ensuite été soumise à discussion au sein d'un forum de discussion qui a recueilli près d'une cinquantaine de réactions et de propositions de la part des internautes et des membres du groupe de travail. Une synthèse de ces débats, dont le présent rapport tient évidemment compte, a été mise en ligne le 18 octobre 2002⁶.

Plan du rapport

Les instruments permettant de naviguer sur le web sont nombreux et la notion d'hyperlien concerne des techniques très diversifiées. Il convient donc, tout d'abord, de prendre la mesure du phénomène sur la Toile (I) avant de le confronter au monopole d'exploitation de la propriété intellectuelle (II). Le présent rapport se propose ensuite d'analyser l'établissement de l'hyperlien sous l'angle du droit de la concurrence et de la concurrence déloyale (III).

Monsieur M. et Société Clara Net (décisions disponibles sur le site du Forum des droits sur l'internet, <http://www.foruminternet.org>). Pour un exemple étranger récent, voir l'affaire *Newsbooster* au Danemark où une cour de première instance de Copenhague a prononcé, le 5 juillet 2002, une injonction contre la société *Newsbooster* lui interdisant d'effectuer des liens hypertextes vers les articles de plusieurs quotidiens en ligne. *Newsbooster* a ainsi été condamnée sur le fondement de la section 71 de la loi danoise sur les droits d'auteur qui protège les bases de données et de la 1^{ère} section de la loi danoise sur le commerce relative aux "bonnes pratiques commerciales". Voir : « Danemark : la société *Newsbooster* ne pourra plus tisser de liens profonds », *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=346>.

⁴ T. Com. Paris, référé, 26 décembre 2000, *SNC Havas Numérique et SA Cadres On Line c/ SA Keljob* ; T. Com. Nanterre, référé, 8 novembre 2000, *SARL Stepstone France c/ SARL Ofir France*.

⁵ « Le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique », note intermédiaire du Forum des droits sur l'internet, 17 juin 2002, <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=367>.

⁶ Synthèse générale du forum de discussion « Liens hypertextes » : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=64&t=64>.

I – L'HYPERLIEN OU L'ESSENCE DU WEB

Vaste espace interactif de communication, le web (*World Wide Web* ou « Toile d'Araignée Mondiale ») est constitué par une myriade de sites, chacun situé au confluent d'hyperliens.

Instruments de navigation sur le web, les hyperliens peuvent être tissés de différentes manières. On distingue classiquement :

- 1.- les liens simples (liens pointant vers la page de présentation d'un site tiers) des liens profonds (liens tissés vers les pages secondaires d'un site tiers) ;
- 2.- les liens activables, nécessitant le clic d'une souris pour ouvrir la ressource visée, des liens automatiques, qui permettent d'ouvrir directement le contenu de la ressource liée sur l'écran de l'internaute sans nécessiter une action de sa part.

L'internaute entreprendra ses recherches sur le web en remontant le long de ces fils qui composent la Toile (A) quelles que soient les techniques de liaisons auxquelles le tisseur a pu recourir (B).

A. Le lien, instrument d'une communication multidirectionnelle

Si les sites internet peuvent « exister » indépendamment des liens qui pointent vers eux, leur fréquentation n'en demeurent pas moins dépendante de cette technique⁷. Le web, espace public par excellence sur l'internet, a été conçu pour que l'ensemble de ses ressources soit potentiellement accessibles à partir de chacune d'entre elle⁸.

Après un bref aperçu historique relatif au concept de l'hypertexte (1), il est nécessaire d'évoquer l'existence des outils de recherche (2), principaux compilateurs de liens sur l'internet, avant de s'attarder sur la fonction technique des hyperliens et leur utilité sociale (3).

1. Aperçu historique

Les travaux conduits par le *Programme Numérisation pour l'Éducation et la Recherche* (PNER) rappellent que l'origine du lien hypertexte remonte aux bibliothèques qui sont, d'une certaine façon, d'immenses bases de données dans laquelle peuvent « naviguer » les lecteurs⁹. Aussi, peut-on considérer la note de bas de page, qui renvoie le lecteur vers la consultation d'autres documents, comme l'un des avatars primitifs du lien hypertexte¹⁰. L'analogie peut encore être faite avec les grandes encyclopédies du XVIII^{ème} siècle que l'on concevait, en France et en Angleterre, comme un découpage du savoir en unités auxquelles le lecteur pouvait accéder dans n'importe quel ordre. Dans le prolongement de cette idée, H.G. Wells proposait, en 1936, une encyclopédie qu'il imaginait sous la forme d'un réseau nerveux tissant des liens entre les travailleurs intellectuels du monde grâce à un média d'expression commun¹¹.

⁷ Un site internet n'est cependant pas relié du seul fait de sa mise en ligne. Il faut tout d'abord que l'auteur du site le référence sur un moteur de recherche ou demande à d'autres sites d'effectuer des liens vers le sien. Ce n'est théoriquement que lorsque les premiers liens seront tissés que le site sera « visible » sur le web et existera pleinement sur la « Toile d'Araignée Mondiale ». Certains moteurs de recherche parviennent toutefois à retrouver l'existence de ressources qui n'auraient pas encore été reliées.

⁸ Tim Berners-Lee, l'un des pères du World Wide Web, nous confie : « *The vision I have for the Web is about anything being potentially connected with anything* », Tim-Berners-Lee & Mark Fischetti, "Weaving the Web – The original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor", *HarperBusiness*, 1999.

⁹ Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », étude 2000-2001 du Programme numérisation pour l'enseignement et la recherche, http://www1.msh-paris.fr:8099/html/activduprog/ZeEtudes/Etudes_Sommaire.asp?id=231.

¹⁰ L'analogie est partagée par de nombreux auteurs, dont Ted Nelson et Jean-Pierre Balpe. Elle est également évoquée, au soutien d'une analyse juridique, par Cyril Rojinsky : Cyril Rojinsky, « Un clic de trop – Le droit menace-t-il les hyperliens ? », *Expertises des systèmes d'information*, 233, janvier 2001, p. 430.

¹¹ Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », *op. cit.*

Dans leur conception originelle, les liens étaient un moyen d'indexer et d'organiser l'information. Leur nature a changé quand on a pu le mécaniser. La première tentative de mécanisation du lien remonte à l'année 1945 avec le projet *Memex* (*memory extender*) de Vannevar Bush, alors conseiller scientifique du président américain Roosevelt. L'objectif de ce projet était de permettre aux chercheurs d'accéder plus facilement à une documentation scientifique surabondante. Il s'agit, selon les termes de son auteur, d'un « dispositif dans lequel un individu stocke ses livres, ses archives et ses communications, et qui est mécanisé pour être consulté d'une façon rapide et souple. »¹² Le support de stockage imaginé par Vannevar Bush était le microfilm. Bien que le projet n'ait jamais été mené à son terme, il présentait de nombreuses fonctionnalités proches de celles de l'hypertexte moderne. Il permettait les opérations suivantes :

- 1) projeter plusieurs documents simultanément pour les comparer ;
- 2) scanner de nouveaux documents ou se les procurer sous forme de microfilms ;
- 3) ajouter ses propres notes et commentaires ;
- 4) établir des liens entre divers documents au moyen de références codées.

Le principe premier de l'hypertextualisation est donc de **relier un document à un autre**.

Encore fallait-il inventer le mot « hypertexte ». En voulant réaliser le projet de Vannevar Bush sur ordinateur, Ted Nelson formalise en 1965 un mode « d'écriture non séquentielle » qu'il désigne sous le terme « hypertexte », ce qui lui a d'ailleurs valu l'appellation de « père de l'hypertexte ». Ted Nelson poursuit aujourd'hui l'élaboration du système *Xanadu*, un projet de bibliothèque hypertextuelle universelle fondé sur les concepts de « transclusion » et de « transcopyright » permettant de relier toute la littérature du monde entier dans un « réseau de publication hypertextué universel et instantané ». Il mène également une recherche sur la « Philosophie de l'hypertexte » à l'Université de Keio (Japon)¹³.

Ce n'est qu'à partir des années 80, avec le développement de l'informatique, que l'hypertextualisation peut véritablement s'automatiser. Celle-ci ne connaît alors plus de limites. Douglas Engelbart a fourni les premiers outils de l'hypertexte en proposant des environnements facilitant le travail en collaboration au sein desquels tous les intervenants étaient reliés en réseau à l'ordinateur de travail collaboratif¹⁴.

L'hypertexte a ensuite été utilisé dans le système *hypercard* du *Macintosh*, inventé par Bill Atkinson, pour atteindre l'information « directement là où elle est produite » et, donc, éviter de rapatrier et recopier des documents d'une machine à l'autre¹⁵.

Les réseaux informatiques exploitent aujourd'hui le plein potentiel de l'hypertexte. Appliqué à l'internet et à ses interfaces, il permet de créer des liens entre différents éléments situés sur un même document ou sur des documents séparés. L'utilisateur peut ainsi « naviguer » entre les pages web et les fichiers disponibles sur le réseau en cliquant simplement sur un mot, un groupe de mot ou certains objets¹⁶.

¹² Vannevar Bush, « As we may think », *Atlantic Monthly*, 176, juillet 1945, p. 101-108 ; disponible sur le site du département hypermédias de l'Université Paris VIII : http://hypermedia.univ-paris8.fr/jean/fiction/bush/as_we_may.htm.

¹³ Audition de Ted Nelson au Forum des droits sur l'internet, 15 février 2002.

¹⁴ Douglas Engelbart, "Authorship provisions in Augment", *Ieee Comp-Con Proceedings*, été 1984.

¹⁵ Audition de Alain Caristan au Forum des droits sur l'internet, 1^{er} février 2002.

¹⁶ Le terme hypertexte désigne précisément, selon Georges Vignaux, « un texte électronique composé de blocs de textes liés entre eux de manière non séquentielle. ». L'auteur ajoute : « Le Web en est un exemple. Ce type de présentation d'un ensemble de textes constitue une rupture avec les présentations textuelles traditionnelles de l'information. Elle permet à l'utilisateur de choisir un "parcours" dans un ensemble de données (texte, image ou son). On pourrait aussi parler de "méta-texte", dans le sens où une nouvelle dimension est ajoutée au texte imprimé. » : Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », *op. cit.*

2. Les outils de recherche

Face à l'afflux d'informations, des moteurs de recherche se sont développés sur l'internet afin de permettre aux internautes de les retrouver facilement. Plusieurs stratégies ont été élaborées au cours de ces dernières années :

- les **annuaires** référençant les sites « manuellement » (ex. l'annuaire de *Yahoo!* ou celui de *Voilà*) : ils ne s'intéressent qu'à une partie du contenu présent sur l'internet. Il s'agit d'une technologie rudimentaire sur le plan du volume. Les sites référencés passent notamment par des systèmes de déclaration volontaire. On assiste alors à une complicité objective entre l'annuaire et celui qui a un document à référencer ;
- les **moteurs** « automatiques » : *Altavista* figure parmi les premiers moteurs de recherche. Cet outil parcourt l'ensemble de la Toile, scanne les documents et crée des liens à partir des éléments mémorisés. Ces liens sont établis automatiquement sans que le gestionnaire d'un document à référencer en soit informé ;
- les **méta-moteurs** : ceux-ci recherchent dans les bases de données des moteurs primaires et affinent leurs résultats selon différentes techniques dont l'indice de popularité et d'audience ;
- les **moteurs spécialisés** sur un thème précis commencent également à apparaître : ils permettent de rechercher une information spécifique très rapidement ;
- d'**autres outils** sont également en phase de tests, tel que *hyWebMap*, un système développé dans le cadre d'un projet de recherche à l'Université Paris VIII qui permettra de créer, à partir d'un site web, un ou plusieurs réseaux hypertextuels, chacun étant organisé suivant un contexte sémantique défini par l'auteur ou par l'utilisateur selon son centre d'intérêt¹⁷.

Aujourd'hui, seule l'indexation des textes fonctionne réellement, mais le travail sur l'image a déjà commencé. Ainsi la norme MPEG-7 offre un langage sophistiqué de marquage d'image qui permet d'indexer une image ou une séquence vidéo dans un document plus volumineux. L'hypertextualisation de l'image apparaît donc automatisable à terme¹⁸.

3. Fonction technique et utilité sociale des hyperliens

Selon Jean-Pierre Balpe, créateur du département hypermédia de l'Université Paris VIII, tous les documents seront à l'avenir liés entre eux, de manière visible ou non pour chaque utilisateur.

Aujourd'hui, certains auteurs représentent l'internet comme un papillon : le corps du papillon (le cœur de l'internet) est constitué par l'ensemble des sites web fortement interconnectés entre eux (environ 10% des sites). A droite, une aile « entrante » contient les sites servant de portes d'entrée au web, pointant globalement vers le corps, mais très peu liés sur le web. Il s'agit principalement de sites personnels ou familiaux. A gauche, une aile « sortante » contient les sites qui n'ont pas de liens sortant, donc ne conduisent nul part. Mais ces sites sont largement liés depuis le cœur. Dans le même ordre d'idée, il existe des « tunnels » entre les deux ailes : ce sont des liens directs entre des sites « entrants » et des sites « sortants » sans passer par le cœur¹⁹.

¹⁷ voir le site suivant : <http://www.labart.univ-paris8.fr/~nasser/aide.html>.

¹⁸ Audition de Jean-Pierre Balpe au Forum des droits sur l'internet, 12 décembre 2001.

¹⁹ *Idem*.

Les liens ont ainsi permis de développer de véritables réseaux virtuels au sein des réseaux physiques et ont contribué à donner à l'internet toute son originalité, sa richesse et sa supériorité par rapport aux autres systèmes d'information.

En reliant entre elles les ressources disponibles sur l'internet, les liens constituent donc les **fils de la Toile** . Ce sont eux qui permettent aux internautes de « sauter » d'un site à l'autre et, de la sorte, d'effectuer leurs recherches de manière non linéaire. Chaque lien rencontré peut conduire l'internaute vers une ressource inattendue, dans une direction de recherche tout à fait différente de celle qu'il avait originellement initiée. Grâce aux liens, les chemins d'accès vers l'information convoitée sont multiples et variés²⁰.

Le lien contribue ainsi à la **diffusion de l'information** et **facilite la recherche** de celle-ci. Référencés par les moteurs, compilés dans les annuaires, affichés sur les sites, les liens sont le support privilégié de la navigation. Christian Vandendorpe considère ainsi le lien hypertexte comme un « fil de mémoire » qui permet « *de retrouver rapidement une information et de l'enrichir par des données nouvelles rencontrées au passage* »²¹.

Les liens n'appartiennent à personne²² mais sont utiles à tous. Du côté utilisateurs, ils sont indispensables aux prospections du particulier, du chercheur, du documentaliste, du journaliste et à bien d'autres professions. Du côté des propriétaires de sites, ils sont autant de chemins d'accès vers leurs ressources et chaque lien tissé accroît leur visibilité.

Les hyperliens **participent** donc **au fonctionnement même du web** . On le comprend, si, sur la Toile, les sites n'étaient pas reliés entre eux par les liens hypertextes, il ne serait possible de passer de l'un à l'autre que par une saisie manuelle de l'adresse de chacun d'eux. L'internet n'aurait alors guère plus d'originalité que le minitel.

En outre, derrière le lien, il y a une culture du **partage** et de la **gratuité** , celle-là même qui a présidé aux premières utilisations de l'internet et qui perdure aujourd'hui au-delà des cercles utopistes²³. Le partage des ressources fut naturellement facilité par la technologie elle-même, l'internet ayant été conçu par la DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*) à la fin des années 60 comme un réseau expérimental de partage de données situées sur des ordinateurs distants. Les « pionniers » de l'internet et les premières communautés virtuelles qui s'y sont « installées » ont par ailleurs adopté un principe d'échange d'idées et de savoir-faire par la mise en commun de leurs ressources et de leurs productions, notamment dans le but de faire évoluer le réseau²⁴.

Pour de nombreux auteurs, il en résulte que la possibilité d'effectuer des liens doit demeurer la plus **libre** possible. Solveig Godeluck, journaliste indépendante et auteur de l'ouvrage « La Géopolitique d'Internet », prévient ainsi que « *[s]i l'on ne peut plus faire*

²⁰ La technologie de l'hypertexte doit être vue, selon l'analyse du PNER, comme une aubaine : « *La connaissance de cette technologie doit également permettre de comprendre ce qu'il y a de révolutionnaire dans l'hypertexte et d'élargir nos référents (le livre notamment) pour entrevoir les potentialités de ce nouveau médium de diffusion de l'information. L'hypertexte doit être vu comme un élément intégrateur des outils d'accès à l'information numérisée (...)* » : Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », *op. cit.*

²¹ Christian Vandendorpe, « L'hypertexte et l'avenir de la mémoire », *Le Débat* , n° 115, mai-août 2001, p. 149.

²² La société British Telecom a revendiqué un temps la paternité des liens hypertextes et, conséquemment, un droit de propriété sur ceux-ci. Les prétentions de l'opérateur britannique ont cependant été rejetées par la Cour fédérale de l'Etat de New York le 26 août 2002. Voir « British Telecom ne détient pas les liens », *Foruminternet.org* , 26 août 2002, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=388>.

²³ une culture largement soutenue par le discours apologétique des concepteurs des nouvelles technologies de l'information pour lesquels, selon Philippe Rigaut, « *les « autoroutes de l'information » préparent l'avènement d'un univers social entièrement renouvelé, plus souple, plus participatif, duquel nombre des limites actuelles – qu'elle soient techniques ou sociales – seront abolies* » : Philippe Rigaut, « Au-delà du virtuel », *L'Harmattan* , 2001, p. 64-65 ; voir également Philippe Breton, « Le culte de l'Internet – Une menace pour le lien social ? », *La Découverte* , coll. « Sur le vif », 2000.

²⁴ John Leslie King, Rebecca E. Grinter, Jeanne M. Pickering, « Grandeur et décadence d'Arpanet – La saga de Netville, cité champignon du cyberspace », *Réseaux* , n°77, 1996.

de liens, le Réseau risque de disparaître, parce qu'on ne pourra plus faire de recherche. »²⁵ Ted Nelson insiste également sur le fait que la capacité d'établir des liens doit rester libre : il ne lui apparaît pas pertinent d'imaginer que le propriétaire d'un site puisse s'opposer, sur l'internet, à l'élaboration d'un lien pointerait vers lui²⁶.

Cependant, tous les hyperliens ne répondent pas forcément à cette culture du partage et de la gratuité. Alain Caristan constate en effet que certaines techniques de liaison, telles que celles permettant l'inclusion de ressources extérieures dans une page web (*framing* ou *in line linking*) ont pour effet de « rapatrier » une information plutôt que de pointer vers elle. On assiste ainsi à un phénomène d'**appropriation** des contenus qui détourne le lien de sa fonction primordiale sur le web. Il faudra donc identifier, estime-t-il, les usages du lien qui servent effectivement à l'échange et à satisfaire la communauté²⁷.

Tim Berners-Lee, regrette également que le web n'ait pas évolué comme il le souhaitait, c'est-à-dire comme un instrument pour écrire et collaborer plus encore que pour consommer des informations. Mais il se félicite de voir qu'il ait su préserver la variété des choix. Il note qu'il existe bien quelques gros portails, mais il relève également l'existence d'une « *énorme quantité de sites minuscules et tout ce qu'on peut imaginer entre le plus gros moteur de recherche et le site personnel* »²⁸.

Qu'est-ce donc finalement que le web dont l'existence tient au lien hypertexte ? Cette myriade de ressources reliées entre elles autour du globe a suscité des analyses et des réflexions, notamment d'ordre philosophique, d'où émerge la notion d'« **intelligence collective** » qui ne peut se concevoir sans liens ni réseaux. « *L'évolution cosmique et culturelle culmine aujourd'hui dans une culture de l'intelligence collective* » estime ainsi Pierre Lévy²⁹. Cette déclaration se fait l'écho, d'une certaine manière, des propos tenus par Friedrich Nietzsche pour lequel « *la conscience n'est en somme qu'un réseau de liens entre les hommes, — et ce n'est qu'en tant que telle qu'elle a dû se développer : à vivre isolé, telle une bête féroce, l'homme aurait pu fort bien s'en passer.* »³⁰

De l'intelligence collective au « **cerveau global** », concept reposant sur l'analogie entre le cerveau humain constitué d'un nombre infini de neurones interconnectés et l'internet, il n'y a qu'un pas. Celui-ci a été franchi au milieu des années 1990 par Joël de Rosnay, cybernéticien et président de la Cité des sciences à Paris : « *aujourd'hui, face à un développement de plus en plus complexe et évolutif, le développement d'un cerveau global et de sociétés capables de l'utiliser permettra-t-il à l'humanité, non seulement de survivre mais de continuer à évoluer dans des conditions améliorant ses chances à long ou très long terme ?... Le web représente un premier pas dans cette direction* ». Joël de Rosnay ajoute : « *la pensée systémique/matricielle générée et transmise au sein des réseaux se développe d'autant mieux que les informations et savoirs sont accessibles par tous. Outre la question récurrente de l'accès de tous à l'internet, ceci pose celle de la mise en compatibilité formelle des contenus s'ajoutant à l'interconnectivité des infrastructures.* »³¹.

Ces réflexions philosophiques et sociales sont généralement accompagnées d'un discours élogieux sur l'utilisation des nouvelles technologies de communication. Que le lien en soit la principale source d'inspiration démontre l'importance conceptuelle et culturelle qu'il

²⁵ Solveig Godeluck, « Les libertés doivent être défendues sur tous les nouveaux territoires, y compris Internet », propos recueillies par Camille Le Gall, *Le Monde Interactif*, 8 octobre 2002.

²⁶ Audition de Ted Nelson au Forum des droits sur l'internet, 15 février 2002.

²⁷ Audition de Alain Caristan au Forum des droits sur l'internet, 1^{er} février 2002.

²⁸ Dan Gillmor, « Web pioneer looks at ground covered, future », *The Mercury News*, 12.mai 2002, disponible sur *Siliconvalley.com* : <http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/3245274.htm>.

²⁹ Pierre Lévy cité par Stéphane Mandard, « A la recherche de l'intelligence collective issue d'Internet », *Le Monde*, 30 octobre 2002, p. 25 ; disponible sur *Lemonde.fr* : <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3244--296107-,00.html>.

³⁰ Friedrich Nietzsche, « Le Gai Savoir », aphorisme 354.

³¹ Joël de Rosnay, « L'homme symbiotique - Regards sur le 3^{ème} millénaire », *Editions du Seuil*, Paris 1995.

tient au sein de notre société. Son utilité et ses particularités nous invite donc à la plus grande sagesse pour traiter de son encadrement juridique.

B. Définitions et techniques de liaison

1. Définitions de l'hyperlien

Le lien hypertexte peut être entendu plus ou moins prosaïquement comme « *un saut dans l'espace et dans le temps* », une « *accélération pour parcourir les distances* », un « *système de référencement qui permet une satisfaction immédiate de l'envie de connaître* »³² ou encore « *un raccourci technologique permettant d'accomplir plus facilement ce que tout le monde fait depuis que la notion d'information existe : parler à certaines personnes de ce que font d'autres personnes.* »³³

Parmi les définitions « techniques », on relève des acceptions restreintes : « *un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot* » (Le Petit Robert) ou extensives : « *connexion activable à la demande dans le Web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet* » (L'Office de la Langue Française du Québec). La jurisprudence française définit également le lien hypertexte comme étant « *un simple mécanisme permettant à l'utilisateur en cliquant sur un mot ou un bouton de passer d'un site à un autre.* »³⁴

Ces définitions ne sont cependant pas satisfaisantes dans la mesure où elles limitent leur portée au lien activable à la demande ou restreignent la diversité des pointeurs aux seuls textes et images.

1.1. Quelques précisions techniques

Sur une page web, le lien sera mis en place par l'écriture d'un code informatique localisant la ressource et destiné à être lu par le navigateur de l'internaute.

Lorsqu'il n'est **pas activé automatiquement**, le lien hypertexte est présenté pour l'utilisateur par un pointeur (du texte, une image ou tout autre fichier interactif) activable par un simple clic.

Un lien hypertexte peut être très simplement créé en langage HTML par l'instruction : ``. Par exemple, un lien pourra être établi vers la page de présentation du site *Légifrance* de la manière suivante :

```
<a href="http://www.legifrance.gouv.fr">Lien vers le site Légifrance</a>.
```

Le lien apparaîtra ainsi au yeux de l'utilisateur sous la forme du pointeur suivant :

<u>Lien vers Légifrance</u>

Il suffira de cliquer sur celui-ci pour être immédiatement renvoyé de la page consultée vers le site *Légifrance*.

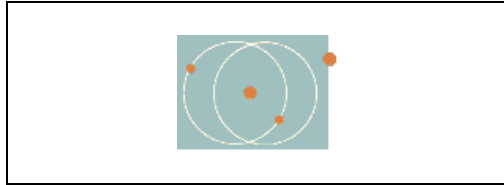
³² Définitions rapportées par Alain Caristan, directeur technique du CNED, ancien ingénieur de recherche de l'INRIA. Audition au Forum des droits sur l'internet, 1^{er} février 2002.

³³ Voir sur le forum de discussion, « Hyperliens et droit d'auteur » l'intervention suivante : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=10&t=1>.

³⁴ CA Paris, 19 septembre 2001, *SA NRJ et Monsieur J. B. c/ Sté Europe 2 Communication* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=217>.

De même il est possible de placer une image à la place du pointeur textuel. Par exemple, pour effectuer un lien vers le site du Forum des droits sur l'internet à partir de son logo, il faudra utiliser l'instruction suivante :

```
<a href="http://www.foruminternet.org">
```



Lorsque le lien est **activé automatiquement**, il affiche directement à l'écran le document ou le fichier vers lequel il pointe sans que l'utilisateur n'ait eu besoin de cliquer sur un texte ou une image.

Le lien automatique peut ainsi servir à intégrer dans une page HTML ou appeler, à partir de celle-ci, des images, des vidéos ou des fichiers musicaux appartenant à un site tiers.

Par exemple, l'instruction

```

```

permettra d'effectuer un lien automatique vers une illustration située sur le site du Forum des droits sur l'internet. Celle-ci peut ainsi se retrouver directement intégrée sur la page HTML nouvellement créée :



Notons que le **terme** « lien hypertexte » peut s'avérer **trop étroit** – au regard du sens commun – pour couvrir les techniques de liaisons visant à afficher un élément graphique ou vidéo en guise de pointeur ou à lier automatiquement un élément multimédia. Certains parleront alors de « lien hypermédia ». Le présent rapport préfère recourir au terme d'« **hyperlien** » ou, plus simplement, à celui de « lien ».

1.2. Définition proposée par le Forum des droits sur l'internet

Pour tenir compte de ces précisions et éviter de limiter la définition du lien à un certain état de la technique, le Forum des droits sur l'internet propose une définition extensive.

Hyperlien ou lien : connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple le réseau internet). Il est composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée³⁵.

La définition du lien doit par ailleurs être distinguée de celle de l'adresse qui lui sert de référence.

³⁵ Voir *infra* « Les méthodes de présentation d'une ressource liée » pour l'analyse des différentes présentations de la ressource liée.

Adresse : chaîne de caractères désignant les coordonnées d'une ressource sur un réseau de communication (par exemple : adresse URL d'un site web).

2. Les techniques de liaisons

Différentes techniques de liaison existent aujourd'hui. Chacune d'entre elle étant susceptible d'emporter des conséquences juridiques particulières, il convient de les identifier et de les définir.

Lien activable : lien nécessitant une action de l'utilisateur en ce sens (ex : un "clic").

Lien automatique : lien activé sans action spécifique de l'utilisateur (ex : liens déclenchés automatiquement à l'affichage d'une page web, etc.). L'activation du lien dépend donc du concepteur de la page et non de l'internaute. Les liens automatiques sont souvent utilisés dans les cas de transclusions (*framing* et *inline linking*).

Lien simple : lien vers l'un des points d'entrée désigné d'une collection de ressources* et accessible par un réseau de communication (par exemple : page d'accueil d'un site web).

Lien profond : lien vers toute ressource autre que l'un des points d'entrée désigné de la collection de ressources* à laquelle elle appartient.

Lien interne : lien vers une ressource appartenant à la même collection de ressources*.

Lien externe : lien vers une ressource appartenant à une autre collection de ressources* (ex. un site appartenant à un tiers).

En outre, il existe différents **modes de présentation** d'une ressource liée :

A ce jour, trois méthodes de présentation d'une ressource pointée par un lien sont pratiquées :

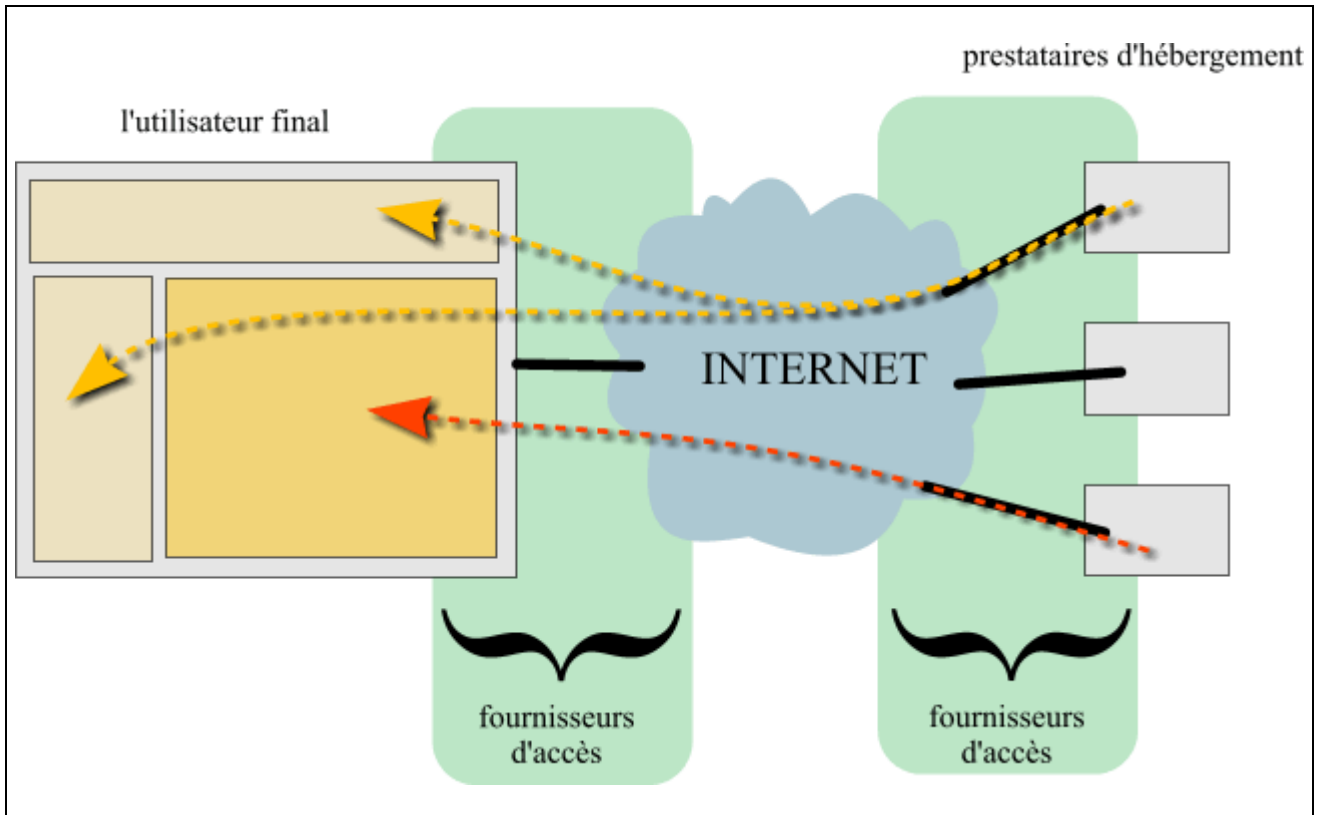
- 1) Classique ou « par défaut » : présentation de la ressource liée en **remplacement** de la ressource liante ;
- 2) Apparition dans une nouvelle fenêtre : présentation de la ressource liée dans une **nouvelle fenêtre** de l'outil de navigation ;
- 3) Transclusion : présentation de la ressource liée dans un **cadre** visible ou non (cas du « *framing* »), un **emplacement** spécifique au sein de la ressource liante (cas du « *in line linking* ») ou en diffusion simultanée (écoute de musique par exemple).

N.B. La technique du lien profond sera souvent utilisée pour les transclusions dans un cadre et systématiquement utilisée pour les transclusions dans un emplacement spécifique (il s'agira alors d'un lien profond effectué vers un fichier spécifique).

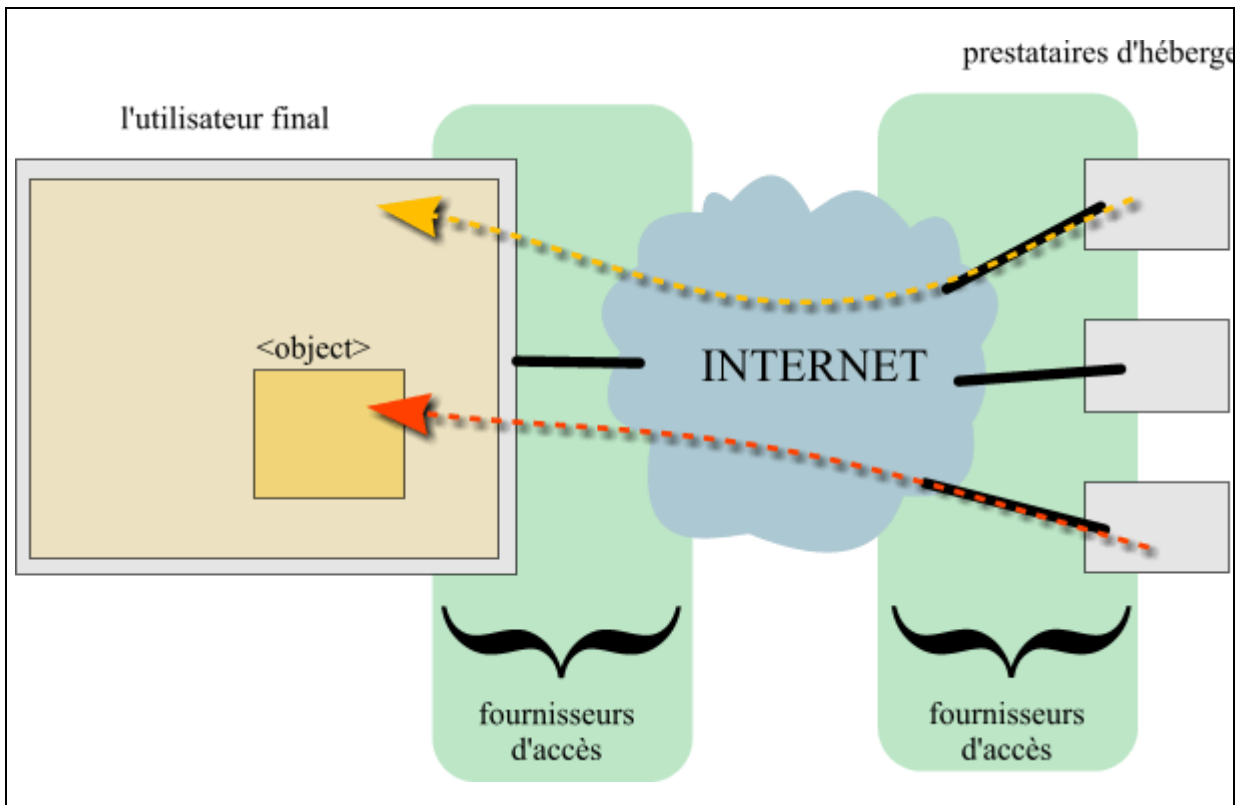
*A ces définitions il faut ajouter celle de **collection de ressources** : ensemble de contenus de nature variée (image, son, texte, vidéo, logiciel, etc.) ayant une cohérence entre eux et gérés par une même entité. Par exemple, un site web ou un site FTP peuvent être une collection de ressources.

Illustrations : cas d'inclusions par hyperlien

1) Cadrage (*framing*)



2) L'inclusion d'objet (*in line linking*)



Conclusion intermédiaire

Quelques caractéristiques du lien peuvent être dégagées.

a.- L'hyperlien constitue **l'essence même du web**. Qu'il soit défini comme un renvoi, une référence, un point de connexion ou encore un chemin d'accès, chaque lien participe au principe même de communication universelle et multidirectionnelle inhérent au fonctionnement de la Toile ;

b.- Les usages qui se sont développés sur l'internet – à savoir une **culture de partage** fondée sur un média universel permettant à tous les internautes connectés de s'échanger non seulement des contenus mais aussi une « visibilité » – amènent à considérer que l'hyperlien ne doit pas relever d'un cadre juridique risquant d'en contrarier les effets positifs : la créativité des internautes, la circulation de l'information à moindres coûts, la notion de partage.

c.- Il existe **différentes manières de lier** et de **présenter** des ressources sur l'internet : les liens peuvent être « simples », tel est le cas lorsqu'ils sont établis pour accéder directement à la page d'accueil d'un site ou « profonds », lorsqu'ils pointent vers l'une des autres pages (ou ressources) contenues dans un site. Un lien peut aussi permettre d'intégrer un contenu ou des éléments appartenant à un site tiers sur la ou les pages du site liant. On parle alors d'inclusion par hyperlien ou de « **transclusion** »³⁶. Or, il semble que l'appréhension juridique de l'hyperlien dépende en grande partie de la nature des liens répertoriés au sein des définitions et des méthodes de présentation adoptées par le lieu³⁷.

La conception que l'on doit se faire du web, entre la liberté ou l'autorisation de lier, doit tenir compte de ce que nombre de propriétaires de sites sont réticents à l'idée que leurs contenus puissent être liés sans aucune réserve. Cela vaut en particulier lorsque le site liant recourt à des techniques donnant l'illusion qu'il est lui-même l'éditeur des contenus.

d.- En outre, le web pose des **questions de société**, d'un ordre presque philosophique, et auxquelles les chercheurs sont encore loin d'avoir répondu. Dans ce contexte, le juriste doit redoubler de modestie et de prudence.

e.- L'analyse juridique des hyperliens nous a conduit à constater que **certaines branches du droit sont plus particulièrement concernées** par cette matière. Parmi celles-ci, et sans être exhaustif, on peut citer : le droit de la propriété littéraire et artistique, le droit *sui generis* sur les bases de données, la concurrence déloyale et le droit de la concurrence.

³⁶ Audition de Ted Nelson au Forum des droits sur l'internet, 15 février 2002.

³⁷ Notons qu'il existe également les hyperliens "invisibles", de plus en plus répandus sur le web, qui entraînent l'utilisateur, sans qu'il le sache, vers une galaxie de sites qui ont des liens commerciaux ou non entre eux. Ce type de lien est abordé dans la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 sous l'expression « transfert automatique d'appel ». La société *DoubleClick* qui assure la gestion des bandeaux publicitaires de très nombreux sites commerciaux est à l'initiative de cette pratique. Le visiteur est rarement conscient qu'en se connectant sur une page donnée, il active des liens qui vont chaîner cette page avec les serveurs de *DoubleClick*, lesquels pourront envoyer des publicités adaptées à son profil. Jusqu'à présent, ces pratiques n'étaient réglementées que pour la téléphonie. Désormais, les sites de publicité en ligne seront également visés par la directive.

II.- L'HYPERLIEN CONFRONTÉ AU MONOPOLE D'EXPLOITATION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La propriété intellectuelle se divise en deux branches : la propriété littéraire et artistique, couvrant les droits d'auteur et les droits voisins, et la propriété industrielle, comprenant notamment le droit des marques et des brevets. Ces droits confèrent un monopole d'exploitation au titulaire des droits sur une œuvre, une base de donnée ou une marque ; cela signifie notamment qu'il est le seul à pouvoir autoriser ou interdire l'utilisation de l'objet protégé.

Si l'hyperlien venait à être considéré comme mettant en œuvre un ou plusieurs droits intellectuels, ceci impliquerait notamment que le lieur ait à demander, préalablement à l'établissement de tout hyperlien vers une œuvre³⁸, une autorisation au propriétaire de la ressource vers laquelle il désire pointer.

S'agissant des droits d'auteur, cette autorisation doit être expresse pour ce qui concerne l'obtention des droits de représentation et de reproduction attachés à une œuvre ; elle ne peut donc être implicite et doit être constatée par écrit³⁹.

Dans ce cas de figure, la liberté de lier pratiquée le plus généralement serait remise en cause, d'où l'importance de la discussion relative à la mise en œuvre des principes de la propriété intellectuelle pour l'établissement d'un hyperlien.

Il est nécessaire de résumer ici le débat ayant lieu sur la mise en œuvre des droits de reproduction et de représentation (A) avant d'analyser l'application du droit moral aux hyperliens (B), puis du droit spécifique des bases de données (C) et, enfin, du droit des marques (D).

A. Débat sur la mise en œuvre des droits patrimoniaux

L'hyperlien ne peut évidemment pas faire l'économie d'une analyse sous l'angle de la propriété littéraire et artistique. Nul n'a jamais contesté que l'internaute, tout comme l'auditeur d'une radio ou le téléspectateur devant son poste de télévision, bénéficiait d'un acte de représentation au sens juridique du terme, dès lors qu'il avait accès à des œuvres protégées (dessins, musique, écrits, etc...).

L'hypothèse retenue ici est celle des ressources internet ayant un caractère licite, c'est-à-dire ne posant pas de problème de contrefaçon ressortissant au droit pénal.

Les études approfondies qui ont eu lieu au sein du groupe de réflexion du Forum sur l'application du droit de la propriété littéraire et artistique aux hyperliens – à commencer par les liens simples – ont conduit à constater des divergences d'analyse. La question centrale est de savoir si l'établissement d'un lien nécessite, au regard du droit de la propriété intellectuelle, une autorisation de représentation, voire de reproduction. Les positions des uns et des autres ont été exprimées en particulier à l'occasion du forum de discussion qui a été ouvert sur la note intermédiaire publiée le 17 juin 2002⁴⁰.

³⁸ Article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle :

« Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque. »

³⁹ Cette condition de preuve découle de l'article L. 131-2 : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables. » Aussi les cessions doivent-elles respecter un cadre précis (art. L.131-3).

⁴⁰ Forum de discussion « Hyperliens et droit d'auteur », ouvert du 17 juin 2002 au 18 octobre 2002 sur le site du Forum des droits sur l'internet :

<http://www.foruminternet.org/forums/descr.php?f=8>.

Elles peuvent être regroupées autour de deux axes : le premier qui considère qu'une autorisation est nécessaire pour établir des hyperliens, même simples, (1) et la seconde qui privilégie le principe d'une liberté de lier (2). L'analyse que propose le Forum s'efforce de dépasser ces oppositions (3).

1. Interprétation selon laquelle une autorisation préalable est toujours nécessaire pour établir un hyperlien

Cette interprétation s'organise autour de trois idées : en premier lieu, le web est devenu un espace marchand, ensuite, la notion de public spécifique milite en faveur d'une autorisation et, enfin, l'hyperlien ne constitue pas une référence ou un renvoi.

1.1. Arguments économiques

Les tenants de cette thèse estiment que le web « *tendra de plus en plus à être un lieu d'exploitation (commerciale) des œuvres de l'esprit* » et que, dans de nombreux cas, « *le site liant ne se contente pas d'informer les internautes de l'existence d'un autre site, mais tire un bénéfice direct ou indirect du contenu des sites et des œuvres qui y sont reproduites* »⁴¹.

On peut déduire de cette assertion que les tenants de la liberté de lier se réfèreraient à une image de la Toile dépassée, celle, si on peut faire la comparaison, que se faisaient de la bande FM (modulation de fréquence) les partisans des radios libres au début des années 1980.

Cette position, qui se situe sur le terrain du droit patrimonial de l'auteur, donc sans préjudice de l'exercice du droit moral, va dans le sens d'une défense des intérêts pécuniaires des auteurs et des titulaires de droits voisins qui désirent contrôler l'utilisation qui est faite de l'œuvre à la création de laquelle ils ont concouru. Il s'agit de percevoir des droits sur l'exploitation autonome, effectuée par le biais d'hyperliens, de l'œuvre diffusée sur l'internet ou, le cas échéant, d'interdire ce type d'exploitation. Ainsi en est-il, par exemple, d'un portail établissant des liens simples ou profonds vers des webradios : ces liens seraient installés pour permettre une exploitation économique.

Aussi les intérêts pécuniaires en jeu ne sont pas seulement ceux des auteurs mais également ceux qui exploitent les œuvres en ligne qui auront préalablement obtenu les autorisations nécessaires. Ce sont donc des intérêts économiques considérables qui sont concernés et le droit de la propriété intellectuelle est ici invoquée pour jouer le rôle de régulateur et empêcher un développement anarchique du réseau. Il en résulte que le droit des auteurs d'autoriser ou d'interdire l'établissement de liens, sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle, ne peut pas leur être dénié parce qu'il est le seul dont ils peuvent disposer. En effet, les auteurs ne peuvent pas recourir au droit des marques, ni à celui de la concurrence ou à celui des bases de données qui sont réservés aux acteurs commerciaux et aux investisseurs.

Pour ces raisons, le responsable d'un site qui voudrait établir un lien vers une ressource contenue dans un autre site doit solliciter une autorisation auprès des ayants droit sur le fondement des articles L. 122-2 (droit de représentation)⁴² ou L. 122-3⁴³ (droit de

⁴¹ Position de la SACEM du 2 septembre 2002 soutenue à l'occasion du forum de discussion « Hyperliens et droits d'auteur » ouvert sur le site du Forum des droits sur l'internet : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=56&t=56>.

⁴² Article L. 122-2 :

« La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

reproduction) du Code de la propriété intellectuelle et, pour ce qui concerne les droits voisins, les articles 213-1 (droit du producteur de phonogramme), 215-1 (droit du producteur de vidéogramme) et 216-1 (droit de l'entreprise de communication audiovisuelle) du même code.

1.2. Arguments juridiques

1.2.1. Dans le cas de la représentation

Selon le Code de la propriété intellectuelle, la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque⁴⁴. Les illustrations de cette définition (récitation publique, télédiffusion...), sont susceptibles d'interprétations et d'applications diverses. On peut donc considérer que l'utilisation de l'internet peut donner lieu à des actes de représentation.

Si représentation il y a, encore faut-il, à l'occasion de la consultation de tel ou tel site grâce à l'hyperlien, que l'on soit en présence d'un nouveau public, ou encore d'un public spécifique. A l'appui de la thèse selon laquelle le lien est, ou permet, un acte de représentation et nécessite donc une autorisation, il est rappelé une jurisprudence relative au droit de la communication audiovisuelle. Selon celle-ci, l'hôtelier qui met à la disposition de ses clients, dans les chambres d'hôtel occupées à titre privé, des récepteurs de télévision reliés par câble aux programmes diffusés par satellite, procède à une communication des œuvres télédiffusées à un public spécifique, celui des chambres d'hôtel. Ce public est différent de celui des téléspectateurs qui reçoivent chez eux le même programme. Il s'agit donc, dans l'arrêt Novotel, d'un acte d'exploitation relevant du droit d'auteur et nécessitant ainsi l'autorisation du titulaire des droits :

« (...) l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision, dans l'exercice et pour les besoins de son commerce, cette communication constituant une représentation des œuvres télévisuelles au sens du texte susvisé (...) »⁴⁵

Par ailleurs, la Cour d'appel de renvoi a disposé que *« le seul fait de procurer (aux) clients la possibilité de recevoir [ces programmes] constitue la communication donnant lieu à la perception du droit de représentation »⁴⁶*.

Par analogie avec cette jurisprudence, les tenants de la thèse de l'autorisation soutiennent qu'un site web qui permet à ses visiteurs – fussent-ils connectés à partir de leur domicile privé – d'accéder à des contenus en ligne grâce à des hyperliens, procède, de la même manière que l'hôtelier, à un acte de communication au public. C'est une représentation au sens de l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle et une communication au public au sens des articles du code relatifs aux droits voisins du droit d'auteur qui nécessitent une autorisation.

1.2.2. Dans le cas de la reproduction

A l'appui de la thèse de l'application de la législation sur la propriété littéraire et artistique à l'hyperlien, le raisonnement a été avancé que l'autorisation de reproduction

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. »

⁴³ Article L. 122-3 :

« La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte (...) »

⁴⁴ Article L. 122-3 (voir *infra*).

⁴⁵ Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 1994, *Société Cable New Network et a. c/ société Novotel Paris-Les Halles* : D. 1994, jur., p. 450, note Pierre-Yves Gautier ; arrêt disponible sur *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/general/lire.phtml?id=254>.

⁴⁶ CA Paris, 20 septembre 1995, RIDA, avril 1996, p. 277 et 193, obs. André Kéréver.

serait requise de la part des ayants droit pour la raison suivante : celui qui établit un hyperlien vers un autre site donne à ses visiteurs les moyens d'en reproduire le contenu.

Dans ces conditions, celui qui clique sur un hyperlien est amené à déclencher, à partir du site liant, un mécanisme qui aboutit à provoquer la reproduction sur le disque dur de son ordinateur du contenu du site vers lequel il a été dirigé. Il s'agit donc de savoir si le site qui établit le lien fournit les moyens de reproduction, le cas échéant en tirant un bénéfice dans des conditions comparables à une officine de photocopie⁴⁷.

En effet, La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 mars 1984 *Rannou-Graphie*, avait caractérisé l'opération de reprographie en relevant que l'officine de photocopie assurait le bon fonctionnement des machines placées dans son local sous sa direction et sous son contrôle et en en tirant un bénéfice. Les copies réalisées par l'officine n'étaient pas destinées à un usage privé, mais il s'agissait bien, pour ladite officine, d'une opération commerciale donnant prise au droit de reproduction :

« (...) il n'y a pas lieu de distinguer « entre le cas où la mise en place des pages à photocopier et la manœuvre du bouton marche-arrêt ont été effectuées par le client, conformément au principe du libre service, et celui où ces manipulations ont été effectuées, exceptionnellement ou non, par l'entrepreneur lui-même ou par l'un de ses préposés ;

D'où il suit que, relevant que les copies obtenues n'étaient pas destinées à un usage privé et que l'entrepreneur en copie « à tiré un bénéfice analogue à celui d'un éditeur et ne peut en définitive se prévaloir de l'exception apportée par l'article précité au monopole d'exploitation accordé par la loi à l'auteur et, par suite, à l'éditeur régulièrement cessionnaire des droits de celui-ci » (...) »⁴⁸

1.3. Arguments complémentaires

A ces arguments concernant directement le droit de représentation et le droit de reproduction, les tenants de la thèse de l'autorisation en ajoutent un certain nombre d'autres.

1.3.1. L'hyperlien n'est pas un simple renvoi

L'idée selon laquelle l'hyperlien serait un simple renvoi ou une référence ou même une courte citation⁴⁹ paraît contestable. En effet, dans la mesure où le lien permet d'accéder directement et immédiatement à l'œuvre citée, on ne peut considérer l'hyperlien comme un moyen de faire référence à un autre document, une référence ne donnant pas à proprement parler accès à une œuvre, ou une facilité technique permettant au lecteur de retrouver ledit document, puisque l'utilisateur en vient, en fait, à le consulter directement.

1.3.2. La possibilité de prévoir un accès conditionnel est inopérante

Un argument technique est également avancé : c'est à tort qu'il est soutenu que l'autorisation préalable ne se justifierait que dans l'hypothèse de services nécessitant la délivrance d'une clé d'accès. En effet, ces services sont précisément ceux pour lesquels l'autorisation n'est pas nécessaire puisqu'il est impossible, par la volonté du créateur du site, d'établir des liens vers eux.

⁴⁷ Il convient par ailleurs de rappeler l'existence d'un droit corollaire au droit de reproduction : le droit de destination (droit de contrôler les usages de l'œuvre notamment du point de vue de la distribution ou de l'utilisation). Les tenants de la thèse de l'autorisation estiment, dans ce cadre, qu'il faut aussi tenir compte du fait qu'un auteur ayant autorisé un site à offrir ses œuvres au téléchargement ne saurait être présumé avoir autorisé d'autres sites à offrir le téléchargement des œuvres concernées par l'établissement d'hyperliens.

⁴⁸ Cass., 1^{ère} civ., 7 mars 1984, *Rannou-Graphie* : JCP 1985, n° 20351, note R. Plaisant.

⁴⁹ Article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

1.3.3. Les règles de la propriété intellectuelle sont soutenues par la déontologie

Les tenants de la thèse de l'autorisation avancent également une disposition d'une version de la Netiquette (le paragraphe 4.2.1 des *Netiquette Guidelines* - RFC 1855 du W3C d'octobre 1995) suivant laquelle il est conseillé de « demander » avant de « pointer » vers un autre site⁵⁰. L'application des règles de propriété intellectuelle correspond ainsi aux usages préconisés au sein de cette Netiquette.

2. Interprétation refusant le principe de l'autorisation préalable

Cette interprétation conteste l'exercice d'un monopole d'exploitation au profit des ayants droit pour l'établissement des hyperliens. Elle considère que doit prévaloir la liberté de lier, c'est-à-dire qu'une autorisation préalable n'est pas nécessairement requise – sauf à constater une exploitation abusive de l'hyperlien – pour l'établissement d'hyperliens.

L'idée que se font du web les tenants de cette interprétation est évidemment à l'opposé de celle qui vient d'être exposée. Mais l'analyse diverge également sur le plan juridique et notamment sur la notion de public nouveau et sur celle qui tendrait à ne pas assimiler le lien à une référence.

2.1. Arguments techniques et sociaux

La plupart des arguments techniques et sociaux avancés au soutien de la liberté de lier découlent en partie des idées développées au premier chapitre du présent rapport.

2.1.1. L'hyperlien participe nécessairement à la communication sur le web

Etant donné le mode de fonctionnement de l'internet, la personne qui met en ligne des contenus sur le web sans prévoir un dispositif technique particulier pour y accéder (clé d'accès) doit s'attendre, non seulement à ce qu'un public indéterminé les visite, mais aussi, puisque tel est l'intérêt et l'essence du web, que des liens soient établis vers ceux-ci.

L'internet – réseau ouvert par excellence – et l'interface web ont justement été conçus pour que chacune des ressources mise en ligne puisse être connectée avec d'autres, le but du jeu étant qu'aucune information mise en ligne ne soit isolée des autres. Ainsi la création potentielle et spontanée de chemins d'accès (les liens) fait-elle partie du principe de communication sur le web et prolonge la volonté initiale de l'auteur du contenu de mettre celui-ci à la disposition de tout internaute, peu important l'itinéraire que ce dernier aurait emprunté pour parvenir jusqu'à lui.

Le même raisonnement ne peut, bien-sûr, pas être tenu pour les sites intranet ou extranet qui sont réservés à une catégorie de public bien identifiée (par exemple les salariés d'une entreprise).

2.1.2. La maîtrise technique des hyperliens

Des mesures techniques permettent aux responsables de sites de maîtriser l'établissement des hyperliens effectués vers leurs ressources ou de gérer l'accès à celles-ci.

En premier lieu, il est possible de contrôler l'indexation par les moteurs de recherche d'une ou plusieurs pages web. A cette fin, les webmestres peuvent ajouter dans le

⁵⁰ "Don't point to other sites without asking first", <http://www.faqs.org/rfcs/rfc1855.html>.

répertoire principal de leur site un fichier texte nommé « robot.txt » indiquant aux robots indexeurs les pages ou fichiers à exclure du référencement⁵¹. Ceci étant, seuls les robots qui sont conformes à la norme d'exclusion *Robots Exclusion Standard* liront et obéiront aux commandes dans le fichier.

Il est également possible de protéger l'accès à un site, à certaines de ses pages ou de ses fichiers, par une clé d'entrée (comprenant généralement un nom d'utilisateur et un mot de passe). Cette technique est couramment utilisée par les sites qui possèdent une partie réservée à leurs abonnés. Elle n'empêche pas, à proprement parler, l'établissement de liens vers les pages d'un site, mais seules les personnes ayant obtenu une clé pourront consulter le contenu référencé. Il appartiendra donc à ceux qui, acheminés vers les pages protégées mais ne disposant pas d'une telle clé, de s'en procurer une auprès du contact désigné sur la page bloquée. La délivrance d'une clé peut cependant être soumise à des conditions particulières.

Ce qui vient d'être rappelé ne contredit pas le principe selon lequel la faculté d'utiliser les hyperliens devrait être la plus libérale possible. La mise en place d'une clé d'entrée interdit simplement la consultation des pages protégées par un public indéterminé. Le responsable d'un site conserve ainsi la faculté de déterminer le périmètre de visibilité de ses pages.

Certains liens pourraient néanmoins être assortis d'une technologie destinée à contourner les mesures de protection. Cette situation, que le présent rapport n'envisagera pas, renvoie à la protection juridique des mesures techniques traitée par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

2.1.3. Considérations tenant à l' « esprit du web »

Au cours du débat que le Forum a ouvert sur la nature du lien hypertexte, beaucoup de participants se sont référés à ce qui doit être l'esprit du web. Pour eux, l'internet est d'abord un comportement : « *[o]ser imaginer l'obligation d'une autorisation pour faire pointer un lien vers un autre site est une prétention arrogante qui va à l'encontre de l'esprit du net* »⁵². Le lien est l'essence même du web et grâce à lui, à sa souplesse d'utilisation, à la navigation qu'il permet jusqu'à l'infini sur l'internet, peuvent s'exprimer le dynamisme et la créativité des internautes.

2.1.4. La déontologie n'interdit pas l'établissement des hyperliens

La Netiquette peut être définie comme « *[...] un ensemble de principes [souvent flous] destinés à assurer un certain ordre dans Internet* »⁵³. De nombreux documents ont tendu à formaliser ces principes et à définir des règles générales communément acceptées. Parmi celles-ci, une version de la Netiquette souvent citée indique que l'on ne doit pas obligatoirement : « *demander la permission d'établir un lien vers le site d'un autre* ». Elle indique en revanche que « *dans le respect de l'individu et de ses efforts, un simple message électronique établissant que vous avez effectué un lien vers son site serait approprié.* »⁵⁴ Les tenants de la liberté de navigation sur le web s'accordent pleinement avec cette déontologie.

⁵¹ Il est également possible d'empêcher l'indexation de pages sur la plupart des moteurs en incluant le code suivant dans la partie HEAD des pages à exclure : <META NAME="robot" CONTENT="noindex">.

⁵² Voir sur le forum de discussion « Hyperliens et droit d'auteur » l'intervention suivante : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=9&t=1>.

⁵³ Pierre Trudel (Dir.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 3-62.

⁵⁴ Voir Arlene Rinaldi, « The Net: User Guidelines and Netiquette », <http://www.fau.edu/netiquette/net/web.html>.

2.2. Neutralité du lien vis-à-vis des droits patrimoniaux

Les arguments qui suivent prennent le contre-pied de ceux avancés par les tenants de la thèse de l'autorisation sur le terrain du droit de représentation et du droit de reproduction.

2.2.1. L'hyperlien ne consiste pas en soi en un acte de représentation

Pour les tenants de la liberté de lier, la représentation de l'œuvre doit consister strictement dans la communication de l'œuvre au public, c'est à dire dans la mise à la disposition du contenu même de l'œuvre. Or, **un hyperlien ne met pas l'œuvre elle-même à la disposition des internautes**, il permet seulement d'y accéder plus facilement. Le lien n'est qu'un outil de cheminement qui conduit l'internaute vers l'œuvre et non le contraire (à savoir l'œuvre vers l'internaute)⁵⁵. En d'autres termes, la mise en ligne du contenu d'un site est décidé par le propriétaire de celui-ci et la création de tout hyperlien ne fait que prolonger l'acte initial de la mise à disposition du public.

En tout état de cause, une autorisation ne serait requise que dans le cas où l'œuvre serait communiquée à un nouveau public. Or, les tenants de l'autorisation ne peuvent pas, à l'appui de leur thèse, invoquer l'arrêt *Novotel* de 1994 précité. En effet, si, selon celui-ci, la diffusion d'une chaîne de télévision à péage dans des chambres d'hôtel constitue une communication d'une œuvre à un nouveau public, dans le cas de l'internet, c'est toujours le même public, la communauté des internautes, qui est amené à faire usage des hyperliens. Il n'est donc pas nécessaire d'obtenir une nouvelle autorisation⁵⁶.

Aussi apparaît-il « abusif », pour les tenants de cette thèse, de comparer le fournisseur de liens à l'hôtelier visé dans l'arrêt *Novotel*. L'analogie pourrait tout au plus s'appliquer aux acteurs fournissant une réelle infrastructure – des terminaux connectés – en un lieu déterminé à partir duquel il sera possible d'identifier un public particulier ou « nouveau ».

Il a d'ailleurs été proposé de substituer à l'analogie qui a été faite entre le créateur d'un site et l'hôtelier de l'arrêt *Novotel* une autre selon laquelle l'hyperlien ou, plus exactement, les collections d'hyperliens pourraient être comparées à la « télécommande » d'un poste de télévision permettant après quelques clics d'être

⁵⁵ Cette position est notamment défendue par Me Arnaud Diméglio pour lequel : « *Le lien est un moyen d'accès à une communication, il facilite même son accès, mais en lui-même, mis à part l'expression de la référence, il n'est ni un moyen de communication, ni une communication. (...) L'information, et l'accès à l'information sont donc deux éléments essentiels mais distincts de la notions de communication. (...) En bref, renvoyer n'est pas communiquer mais faciliter l'accès à une communication. Le référencement ne peut donc se définir comme un acte de communication et, par voie de conséquence, de représentation* » ; Arnaud Diméglio, « Le droit du référencement dans l'internet », Thèse de doctorat sous la direction de Christian Le Stanc, Université de Montpellier I, 2002, p. 178-179.

⁵⁶ A l'appui de cette thèse, Alain Strowel et Nicolas Ide soutiennent également que la fourniture d'un hyperlien n'équivaut pas à une communication au public, dans le sens des traités de l'OMPI du 20 décembre 1996. Selon eux « *l'œuvre étant 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 importante en terme de gestion de ce droit)* » ; Alain Strowel et Nicolas Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet: la question des hyperliens », *RIDA*, octobre 2000, n° 186 ; également disponible sur [Droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org) : http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=41. Citons encore Vincent Varet qui estime que la création d'un hyperlien vers une ressource accessible en ligne, sans restriction manifestée par le titulaire du droit précise-t-il toutefois, « *n'est pas un nouveau mode d'exploitation touchant un nouveau public et, ne devrait pas, si l'on revient à l'essence des droits patrimoniaux, être soumise à autorisation* » ; Vincent Varet, « Les risques juridiques en matière de liens hypertextes », *Légipresse*, novembre 2002, n°196, II, p. 143. Enfin, la Commission canadienne du droit d'auteur a retenu une conception similaire dans une décision « sur le droit d'auteur à propos de la protection des œuvres musicales sur Internet » rendue le 27 octobre 1999. La commission indique que « *en soit, la création d'hyperliens n'implique pas la communication au public de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens* » ; décision disponible sur [Juriscom.net](http://www.juriscom.net/txt/jurisca/da/cda19991027.htm) : <http://www.juriscom.net/txt/jurisca/da/cda19991027.htm>.

destinataire du contenu⁵⁷. A l'instar de la télécommande, le lien devrait ainsi être juridiquement neutre au regard des droits d'auteur.

Les tenants de la thèse de la liberté de lier en déduisent que le régime de la représentation ne peut pas s'appliquer directement au concepteur de l'hyperlien.

2.2.2. L'hyperlien ne consiste pas en un acte de reproduction

L'analogie que tentent d'établir les tenants de l'autorisation de reproduction avec la jurisprudence relative à la reprographie est également difficilement soutenable. Ce n'est pas l'hyperlien qui donne les moyens de reproduire les contenus pointés mais, tout au plus, l'ordinateur de l'utilisateur ou son disque dur. En effet, aucune infrastructure permettant la reproduction des contenus n'est fournie par le créateur d'hyperlien.

Aussi on ne voit pas comment, en droit, on pourrait considérer que l'internaute participe à un acte de contrefaçon lorsqu'il consulte simplement une ressource licite pour la raison que la reproduction dans la mémoire cache de l'ordinateur de celui-ci est liée à la consultation des contenus disponibles sur l'internet. La reproduction se fait sur le disque dur de l'internaute qui vient chercher l'information sur le disque dur du site lié. Le site liant n'agit donc que comme une passerelle permettant la fixation des contenus⁵⁸.

Le raisonnement consistant à assimiler le site liant à un appareil permettant un acte de reprographie au sens de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁹ est donc erroné. Le moyen de faire une copie est dans un cas la photocopieuse et, dans l'autre cas, le disque dur mais jamais l'hyperlien.

Ainsi, dès lors qu'aucune reproduction ou représentation n'est mise en œuvre par l'hyperlien, on ne peut envisager que l'auteur d'un site ou de son contenu puisse s'opposer *a priori* ou *a posteriori* à l'établissement d'hyperliens.

3. Pour une application raisonnable du droit de la propriété littéraire et artistique à l'hyperlien

Il n'est pas surprenant que s'expriment à propos du web des conceptions aussi divergentes, étant donné la diversité des développements qu'il a connus en quelques années. D'un côté, on revendique une liberté d'expression la plus large possible et les restrictions à cette liberté sont ressenties comme intolérables. De l'autre côté, on insiste sur la nature économique du web et on ne cache pas qu'on y voit une source de profit.

Mutatis mutandis, on retrouve la situation qui a été celle de la bande FM (modulation de fréquence) au début des années 1980 où se sont opposées radios libres et radios commerciales. La différence entre la bande FM et le web est que ce dernier permet des possibilités illimitées de création de sites alors que sur la bande FM, entre 87,5 MgZ et 107,5 MgZ, on ne peut pas placer plus d'une cinquantaine de radios.

L'opposition entre les deux visions du web s'est cristallisée autour de la propriété littéraire et artistique. Celle-ci est devenue l'enjeu de ce débat. On se demande même si

⁵⁷ Voir sur le forum de discussion « Hyperliens et droit d'auteur » l'intervention suivante : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=4&t=4>.

⁵⁸ Il faut également rappeler que l'article 5.1. de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information envisage une exception au droit de reproduction pour les reproductions « *transitoires ou accessoires* » et qui constituent « *une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :*

a) *une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou*
b) *une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante* ».

⁵⁹ Loi n°95-4 du 3 janvier 1995.

elle n'en est pas l'otage. Il est vrai que pour les tenants de l'autorisation, elle offre un outil bien pratique : un ayant droit, étant donné le sens très extensif qui est donné aux notions de représentation et de reproduction, peut s'en prévaloir dans à peu près à toutes les situations. Il est alors facile d'affirmer que tout hyperlien donne lieu à représentation et peut-être même à reproduction. Les deux positions demeurent néanmoins critiquables et il s'agit de faire émerger une solution raisonnable capable d'emporter le consensus.

3.1. Critiques des deux interprétations

L'interprétation des tenants d'une liberté sans restriction est excessive parce qu'elle ne tient pas compte de ce que certains types de liens, qui ont été recensés dans la première partie, font plus que permettre de naviguer de site en site, ils donnent la possibilité de s'approprier la création et le travail d'autrui. Ainsi peut-il en être de certains liens profonds pointant directement vers un fichier précis (cas des liens vers des fichiers téléchargeables de type PDF, Word, MPEG, MP3, fichiers exécutables et autres...) ou des liens qui permettent d'inclure une œuvre au sein d'une page web (techniques des transclusions de type *framing* ou *in-line linking*) qui s'approprient un contenu et/ou, par le résultat qu'ils cherchent à atteindre, **détournent le mode d'exploitation de l'œuvre** initialement prévu par le titulaire des droits. Dans ces cas, on comprend bien qu'il n'est pas possible de considérer que l'hyperlien n'est rien d'autre qu'un chemin d'accès et qu'il peut être installé en toute impunité.

De même, la thèse consistant à soutenir que le droit de l'auteur d'autoriser ou d'interdire la représentation ou la reproduction de son œuvre est systématiquement sollicité par les hyperliens y compris lors de l'établissement d'un lien simple qui ne donne accès qu'à la page d'accueil, notamment parce qu'il s'agit du seul droit dont ils peuvent disposer, n'est pas acceptable non plus. L'application abrupte du droit de la propriété intellectuelle aux hyperliens est excessive, en particulier pour le web non marchand, et risque même, à terme, d'être **contre-productive** pour les ayants droit dont les œuvres pourraient à terme être moins référencées.

L'exploitation économique d'une œuvre ne peut pas être qualifiée de *plano* de reproduction ou de représentation et on ne doit pas vouloir l'imposer simplement pour protéger des intérêts patrimoniaux, ne serait-ce qu'en raison de la **discrimination** que cela produirait à l'égard du web non marchand. Celui-ci se trouverait en effet, en raison d'une interprétation juridique tendant à protéger des intérêts pécuniaires, dans l'obligation de solliciter lui-aussi une autorisation de la part du propriétaire du site et des ayants droit que ces derniers pourront monnayer à loisir.

3.2. Position consensuelle adoptée par les membres du groupe de travail

Après étude des arguments avancés par les tenants de chacune des deux thèses et compte tenu de la consultation des internautes, il semble possible de s'entendre sur une position consensuelle et réaliste qui puisse trouver une justification cohérente d'un point de vue juridique. Le Forum recommande ainsi, au regard de la mise en œuvre des droits patrimoniaux, que cette position soit **celle de la liberté de lier dans le respect du droit des tiers**.

Cette position est en accord avec la nature profonde du web et son mode de fonctionnement tout en préservant les intérêts des acteurs dans le cas d'une utilisation abusive du lien. En effet, dans certains cas, le lien est détourné de sa fonction initiale, laquelle est : le service rendu à la communauté des internautes, le partage et la circulation de l'information et certaines techniques d'hyperliens et méthodes de présentation employées servent davantage à rapatrier l'information plutôt qu'à pointer vers elle. On peut considérer ici que le lien détourne les conditions d'exploitation

normales auxquelles le titulaire des droits sur l'œuvre doit s'attendre en la mettant en ligne et que, par conséquent, il doit être autorisé.

Compte tenu du principe de liberté de lier retenu par le groupe de travail, et eu égard aux droits patrimoniaux des auteurs et ayants droit, le Forum recommande de n'envisager la nécessité d'obtenir une autorisation que dans les cas suivants :

1) pour les liens exploités de façon autonome par le gestionnaire du site lieur.

Tel est le cas lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaire à l'occasion de l'établissement des liens, notamment par la facturation de la consultation des œuvres auxquelles il renvoie.

2) pour certains liens profonds qui pointent directement vers un fichier téléchargeable ou exécutable (fichier word, pdf, image, sonore, vidéo ou logiciel...) et non une page web. On peut en effet considérer que, en permettant aux internautes de télécharger directement ces ressources sur leur disque dur, sans passer par la consultation de la page au sein de laquelle elles sont originellement représentées ou accessibles, le lieur procède à un acte de représentation.

3) pour les transclusions de page web (*framing*) et de fichiers (*in line linking*)

dans la mesure où, en permettant de représenter dans une page du « site lieur » les ressources (pages ou fichiers) appartenant à un autre site, l'utilisation de cette technique peut consister en une appropriation du contenu d'autrui et, par voie de conséquence, de son public.

Dans tous les cas, le Forum recommande aux titulaires de sites d'afficher clairement la politique qu'ils entendent soutenir en matière d'hyperliens : quelles techniques de liaisons et méthodes de présentation sont acceptées ou recommandées par eux et, éventuellement, quels types de préjudices ils voudraient éviter en refusant des liaisons *a priori* non abusives (liens simples et liens profonds vers une page). **Ainsi, dans l'hypothèse où un site web signale avec précision, de façon explicite et affichée son refus de l'établissement de certains liens, le Forum conseille de respecter celui-ci.**

B. Application du droit moral

Le droit moral relève d'une conception personnaliste du droit d'auteur. Il vise davantage à protéger la personne du créateur que son patrimoine. Au termes de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit moral de l'auteur est « *attaché à la personne (...), perpétuel, inaliénable et imprescriptible* »⁶⁰.

Du caractère inaliénable, il faut tirer quatre conséquences fondamentales⁶¹ :

- 1.- l'auteur ne peut transmettre ses prérogatives intellectuelle entre vifs ;
- 2.- le cessionnaire des droits patrimoniaux n'est pas investi du droit moral du ou des créateurs ;
- 3.- l'auteur ne peut y renoncer définitivement ;
- 4.- toute convention contraire est nulle.

Ainsi le créateur d'une œuvre peut-il toujours revenir sur l'autorisation qu'il aurait consenti vis-à-vis des droits suivants qui lui sont reconnus :

- 1.- droit de divulgation et des conditions et modalités de la communication de l'œuvre au public (article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- 2.- droit à la paternité, qui couvre le droit au respect de son nom et de sa qualité (article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- 3.- droit au respect de l'intégrité de l'œuvre : le créateur peut imposer à toute personne de respecter la forme ou l'esprit de son œuvre (article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- 4.- droit de repentir ou de retrait dont l'auteur jouit « même postérieurement à la publication de son œuvre » (article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle).

La mise en œuvre du droit moral de l'auteur et de ses démembrements demeure subtile et complexe. Le présent rapport s'attache simplement à prendre en compte leur existence dans l'analyse générale des droits encadrant la liberté de lier.

L'établissement d'hyperliens doit tout particulièrement veiller à ne point enfreindre le droit à la paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

Concernant le droit moral de l'auteur, le Forum des droits sur l'internet recommande ainsi :

1) Dans le cadre du droit à la paternité de l'œuvre, de veiller à ce que l'établissement d'un hyperlien ne masque point – ou ne conduise à masquer – le nom et la qualité de l'auteur de l'œuvre liée.

Nonobstant le fait d'obtenir une autorisation pour l'exploitation des droits patrimoniaux, il est particulièrement conseillé, dans le cas des transclusions (*framing, in line linking*) ou des liens profonds effectués vers des pages ou des fichiers ne faisant aucune référence à la paternité de l'auteur, d'accompagner le pointeur des mentions permettant de l'identifier clairement ou, à défaut, d'accompagner le lien profond d'un lien simple, c'est-à-dire d'un lien pointant vers la page de présentation du site.

2) Dans le cadre du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, de veiller :

- **à ce que la présentation du lien ne tende pas à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération** entre le site liant et la ressource liée,

⁶⁰ Les caractéristiques du droit moral sont cependant plus larges dès lors qu'elles empruntent certains de leurs traits aux droits de la personnalité ; voir Pierre-Yves Gautier, « Précis de propriété littéraire et artistique », *Droit fondamental*, PUF, 3^{ème} ed., 1999, n°119. Pour une vision plus réservée, voir André et Henri-Jacques Lucas, « Traité de la propriété littéraire et artistique », *Litec*, 2001, n°367 et s.

⁶¹ Pierre Sirinelli (Dir.), *Lamy droit des médias et de la communication*, Ed. Lamy, Février 2000, n° 124-9.

particulièrement lorsque la nature du site liant, de la page liante ou du commentaire accompagnant le pointeur risque de porter atteinte à l'image de l'œuvre liée ;

- **à ne pas effectuer de lien profond vers un site dont l'auteur exigerait un mode de consultation particulier**, étant entendu que cette hypothèse ne s'applique qu'à des sites constituant des œuvres artistiques à part entière ;
- **à éviter, sauf autorisation, toute transclusion de ressource au sein d'une page**, cette modalité d'affichage modifiant la présentation de l'œuvre originale.

C. Le droit des bases de données

Les sites compilant diverses ressources protégées ou non par le droit d'auteur classique sont susceptibles de recevoir la qualification de bases de données protégée par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 transposée en droit français par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998.

Celles-ci sont définies par la directive comme « *un recueil d'œuvres, de données, ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière* » (article 1.2.). Cette définition est reprise par l'article 112-3 du Code de la propriété intellectuelle⁶².

La personne qui bénéficie de la protection est le producteur de la base de données, c'est-à-dire « *la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants* ». sous réserve que « *la constitution, la vérification ou la présentation [du contenu de la base de données] atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.* »⁶³

De l'interprétation de ces termes découle une certaine indétermination sur le caractère protégeable de telle ou telle base de données. Par exemple, le Tribunal de commerce de Lyon a pu refuser, dans une décision du 30 juillet 1993, la protection d'une base de données ne faisant que restituer, dans une présentation propre à beaucoup d'annuaires professionnels, des informations objectives sur des entreprises répertoriées de façon strictement signalétiques ou descriptive et provenant d'une recherche non spécifique⁶⁴.

En revanche, nombre de sites web ont déjà pu recevoir la qualification de bases de données et bénéficier de la protection. Le Tribunal de commerce de Nanterre a ainsi admis la protection d'une compilation de données reproduites sur un site internet au motif que :

*« l'ouvrage en question résulte d'une recherche de données présentées de manière synthétique et ordonnée, permettant au lecteur une comparaison assistée des produits existants sur le marché, que cet ouvrage utilitaire révèle un effort de recherche, de sélection, de synthèse et de classement dans l'agencement des données. »*⁶⁵

⁶² A la nuance près que les derniers mots « d'une autre manière » ont été remplacés par l'expression « tout autre moyen ».

⁶³ Article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁴ T. Com. Lyon, 30 juillet 1993, *Computer Intelligence Europe c/ Comm'Back : Petites Affiches*, 26 avril 1995, p. 14, note Antoine Latreille.

⁶⁵ T. Com. Nanterre, 27 janvier 1998, *Edirom c/ Global Market Network (GMN) : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tcnanterre19980127.htm>. Voir également les décisions suivantes, acceptant l'application des dispositions relatives à la protection des bases de données pour des sites web : TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c/ SA Keljob : Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=220> ; TGI de Paris, 3^{ème} ch., 14 novembre 2001, *SA Edition Neressis c/ SA France Telecom Multimedia Services : Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=336> et CA Versailles, 12^{ème} ch., 11 avril

Aux termes de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, les prérogatives du producteur de bases de données consistent à pouvoir interdire :

1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;

2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme.

Il est précisé que ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence.

Les droits dont bénéficie le producteur de la base de données emportent deux séries de remarques :

1) cette protection n'implique pas nécessairement, pour l'utilisateur de cette base, de demander une autorisation préalablement à l'utilisation des données, à moins que le producteur n'ait posé une interdiction *a priori*. En tout état de cause, l'interdiction qui interviendrait *a posteriori* devrait être respectée ;

2) La principale question qui se pose s'agissant des hyperliens consiste à savoir si l'un des deux droits reconnus au producteur de la base de donnée, relatif à l'extraction et la réutilisation, leur est applicable.

En guise de réponse, la jurisprudence française et étrangère a d'ores et déjà mis en cause des collections de liens effectuées vers des articles de presse ainsi que des méta-moteurs de recherche spécialisés en annonces d'emplois et publicités, sans pour autant délivrer de solutions véritablement satisfaisantes.

Au Danemark, une cour de première instance de Copenhague a ainsi prononcé une injonction contre la société *Newsbooster*, une entreprise spécialisée dans la diffusion de lettres d'informations personnalisées, pour lui interdire, notamment sur le fondement des dispositions relatives à la protection des bases de données, d'effectuer des liens hypertextes vers les articles de plusieurs quotidiens en ligne⁶⁶.

Plusieurs affaires portant sur des faits similaires ont également eu lieu en Allemagne. Deux décisions ont ainsi été prononcées en défaveur de la mise en œuvre du droit d'extraction⁶⁷. Mais un récent jugement rendu par la cour régionale de Munich au mois de juillet 2002, s'est prononcée à l'encontre du moteur de recherche *NewsClub* sur le fondement de la violation du droit d'extraction d'une partie non substantielle d'une base de donnée⁶⁸.

En France, enfin, la Cour d'appel de Paris a refusé de considérer – dans le cadre d'un référé – qu'il y avait eu extraction illicite de la base de données de la société *Cadremploi* en raison des téléchargements effectués par *Keljob*, une société exploitant un moteur de

2002, *SARL News Invest c/ SA PR Line : Légipresse*, novembre 2002, n°196, III, p. 190 et s., commentaire de Laurence Tellier Loniewski ; également disponible sur *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=328> (cette décision conclut néanmoins que la société défenderesse a eu licitement accès aux données).

⁶⁶ TPI Copenhague, 5 juillet 2002, *DNPA c/ Newsbooster*. *Newsbooster* a ainsi été condamnée sur le fondement de la section 71 de la loi danoise sur les droits d'auteur qui protège les bases de données et de la 1^{ère} section de la loi danoise sur le commerce relative aux "bonnes pratiques commerciales". Voir l'article : « Danemark : la société *Newsbooster* ne pourra plus tisser de liens profonds », *Foruminternet.org*, 5 juillet 2002, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=346>.

⁶⁷ affaires *Baumark* et *Paperboy*.

⁶⁸ Voir l'article : « Allemagne : recherche interdite pour les moteurs spécialisés », *Foruminternet.org*, 5 septembre 2002, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=389>.

recherche d'offres d'emploi effectuant des liens hypertextes vers des sites d'annonces d'emploi :

« Considérant que CADREMPLOI allègue vainement que l'extraction pratiquée par KELJOB sur sa base de données lui causerait un trouble manifestement illicite et porterait atteinte à ses droits d'auteur (...) alors que cette extraction qui s'opère à l'occasion d'une consultation de la base telle qu'elle est offerte au public, se limite à quelques critères de sélection des offres d'emploi et ne prive en rien CADREMPLOI de la visite de son site par les internautes intéressés que KELJOB dirige nécessairement vers elle s'ils sont désireux de connaître plus en détail une offre référencée CADREMPLOI et sélectionnée par le moteur de recherche de KELJOB à partir des critères choisis par l'internaute lui-même. »⁶⁹

En revanche, statuant sur le fond de l'affaire, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé pour sa part que la société *Keljob* s'appropriait indûment le travail et les efforts de la demanderesse en réutilisant à son profit une partie substantielle de cette base au motif que :

« (...) que si le contenu de l'offre lui-même n'est pas reproduit, de sorte que le volume d'informations extrait par la société KELJOB est évalué par l'expert dont elle a sollicité l'avis à moins de 12% du volume représenté par les offres, il demeure que les éléments extraits sont qualitativement substantiels ; (...)

Attendu qu'il résulte de ces éléments que la société KELJOB extrait et réutilise quotidiennement une partie qualitativement substantielle de la base de données de la société CADREMPLOI, sans l'autorisation de cette dernière ; (...) »⁷⁰

L'ensemble de ces affaires, dont il n'est pas encore possible de dégager une jurisprudence constante, porte sur des moteurs de recherche qui, pour présenter des résultats pertinents à l'utilisateur, doivent effectivement procéder à une extraction et au traitement de données de manière à pouvoir satisfaire, par la suite, les requêtes des utilisateurs. L'application de la législation sur les bases de données est donc véritablement problématique pour le fonctionnement des moteurs de recherche.

Vincent Varet observe à ce propos que *« si ces solutions sont conformes à l'objectif premier de la directive européenne de 1996, qui était de protéger l'investissement des producteurs de bases de données, on est néanmoins en droit de penser qu'elles font la part un peu trop belle à la réservation au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie »⁷¹.*

En revanche, nul tribunal ne s'est encore prononcé, en France, sur l'application du droit des bases de données à une collection de liens – simples ou profonds – présentée sur un site web.

Aussi est-il difficile d'affirmer qu'une petite collection d'hyperlien puisse constituer une extraction ou une réutilisation d'une partie qualitativement ou qualitativement substantielle d'une base de données. Ce sont davantage les textes qui accompagnent le pointeur qui peuvent être contestés au regard de l'application du droit des bases de données : par exemple, le fait de reproduire les résumés ou textes descriptifs des données liées (des fiches d'annonces d'emploi, le descriptif précis d'un produit etc...) ou le fait de reproduire en grand nombre des titres d'articles de presse.

Concernant le droit des bases de données, le Forum des droits sur l'internet recommande aux personnes établissant des hyperliens, lorsqu'une interdiction

⁶⁹ CA Paris, 14^{ème} ch., 25 mai 2001, *SA Cadremploi c/ SA Keljob* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=218>.

⁷⁰ TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c/ SA Keljob* : *Forminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=220>.

⁷¹ Vincent Varet, « Les risques juridiques en matière de liens hypertextes », *Légipresse*, novembre 2002, n°196, II, p. 144.

d'extraction ou de réutilisation des données est formulée par le producteur de la base :

1) d'éviter de reproduire, pour accompagner ou illustrer le pointeur d'un ou plusieurs hyperliens vers les ressources d'un même site, une partie significative du contenu de ces ressources ou plusieurs de leurs titres ;

2) de veiller à ne pas multiplier les liens profonds vers les pages ou ressources d'un même site.

D. Le droit des marques

Aux termes de l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.* »

La marque remplit ainsi deux fonctions :

- 1.- une fonction de distinction par rapport aux autres produits ;
- 2.- une fonction de désignation vis-à-vis des consommateurs.

Les droits du titulaire d'une marque régulièrement enregistrée sont :

- 1.- un droit de propriété sur celle-ci pour les produits et services qu'il a désignés (article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- 2.- l'interdiction, sauf autorisation du propriétaire, de reproduire, d'user ou d'apposer sa marque ou encore d'user d'une reproduction de sa marque pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement (article L. 713-2) ;
- 3.- la suppression ou la modification de sa marque régulièrement apposée (article L. 713-2) ;
- 4.- l'interdiction, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public (article L. 713-3):
 - de reproduire, d'user ou d'apposer sa marque ou encore d'user d'une reproduction de sa marque pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;
 - d'imiter sa marque et d'user de sa marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

Selon une approche « puriste », il importe de préciser que la marque n'est protégée que relativement aux produits ou aux services.

L'hypothèse de la mise en œuvre du droit des marques dans le cadre des hyperliens est celle d'un pointeur reproduisant ou comprenant la marque appartenant à l'éditeur du site cible.

Si l'on s'en tient à la lettre du Code de la propriété intellectuelle, nulle contrefaçon ne pourrait être réalisée de cette manière lorsque la marque n'est pas reproduite ou apposée pour commercialiser des produits ou services identiques⁷². Le pointeur et le lien sur lequel il s'appose doivent être considérés comme une simple référence vers le site cible et, par la-même, comme neutres vis-à-vis du droit des marques⁷³.

⁷² Ce raisonnement est notamment soutenu par Vincent Varet, *op. cit.*, p. 140.

⁷³ A l'appui de cette remarque, l'article 2 de la directive 2000/31/CE « commerce électronique » du 8 juin 2000 exclu de la définition des communications commerciales « *les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique* ».

Cédric Manara identifie toutefois trois hypothèses dans lesquelles le lien perdrait sa neutralité⁷⁴ :

1.- hypothèse du label cliquable : l'hypothèse est celle d'un site de commerce électronique qui affiche sur ses pages une marque figurative correspondant à un label cliquable (ex. *Trust-e, Fianet*), indiquant par là-même ainsi qu'il respecte une certaine déontologie commerciale. Assimilable au service lui-même, le lien devient ici l'expression de l'activité de celui qui a créé la marque : le service de certification du commerce électronique ;

2.- hypothèse des moteurs de recherche faisant des liens vers d'autres outils de recherche : le principe d'un moteur de recherche est d'offrir un service sous forme de liens. Le moteur peut proposer à l'utilisateur de poursuivre la recherche sur d'autres outils dans les cas où il trouve très peu de résultats. Il présentera alors un lien vers un service identique (moteur de recherche) ou similaire (annuaire de recherche). Mais l'hypothèse est purement spéculative pour la mise en œuvre du droit des marques étant donnée que les plus gros dispensateurs de liens sont souvent les plus ouverts vers leurs concurrents ;

3.- hypothèse du « *mouse trapping* »: une même personne achète une série de noms de domaine (*mouse trapping*) qu'elle utilise pour rediriger ses visiteurs vers un site dont l'adresse consiste en l'utilisation frauduleuse d'une marque.

En dehors de ces hypothèses, le lien et son pointeur ne devrait pas avoir à répondre du droit des marques. Il faudra néanmoins tenir compte de la conception extensive que la jurisprudence se fait de la contrefaçon par usage de la marque⁷⁵.

Concernant le droit des marques, le Forum recommande simplement de ne pas reproduire sur le pointeur d'un lien, sans l'accord des propriétaires de marques concernés :

1) une marque désignant des produits ou services identiques à ceux du titulaire du site lié, ou similaire à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public ;

2) une marque désignant des produits ou services identiques à ceux proposés par le site liant, ou similaire à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public.

⁷⁴ Audition du rapporteur du professeur Cédric Manara au Forum des droits sur l'internet, 17 décembre 2002.

⁷⁵ Voir Frédéric Pollaud-Dulian, « Droit de la propriété industrielle », *Montchrestien* 1999, coll. Domat droit privé, n°1375 et s.

III.- HYPERLIENS ET CONCURRENCE

L'hyperlien peut donc se voir appliquer, dans certains cas, le droit de la propriété intellectuelle. Il confère alors aux ayants droit la possibilité d'exercer sur le web un droit exclusif. Mais le droit d'autoriser ou d'interdire la représentation d'une œuvre ne confère pas à son titulaire la jouissance systématique d'un monopole vis-à-vis des hyperliens. D'autant que d'autres législations sont susceptibles de limiter, voire de faire obstacle, à l'exercice de ce droit. C'est ce qu'on appelle le principe de l'indépendance des législations. Au nombre de celles-ci, le droit de la concurrence (A) et, bien sûr, la responsabilité de droit commun, c'est-à-dire la concurrence déloyale sont tout particulièrement concernés (B).

A. L'apport du droit de la concurrence à l'analyse juridique de l'hyperlien

La question se pose ainsi : dans quelle mesure le droit de la concurrence pourra-t-il être opposé à l'exercice du droit exclusif qu'un ayant droit tient du Code de la propriété intellectuelle ? Cette question ne s'étant pas encore posée directement devant le Conseil de la concurrence, il est nécessaire d'en exposer les termes à travers l'analyse succincte de ce droit spécifique (1), des contentieux du Conseil de la concurrence relatifs à l'internet (2) et de sa jurisprudence à propos des moteurs de recherche (3). Il conviendra alors de confronter les principes du droit de la concurrence à l'exercice du droit de la propriété intellectuelle (4).

1. Le droit de la concurrence : un droit spécifique

Le droit de la concurrence est régi par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 codifiée le 18 septembre 2000 au livre IV du code de commerce.

Au regard du droit de la concurrence, essentiellement deux infractions peuvent être commises : l'entente et l'abus de position dominante ou de dépendance économique. Ces infractions relèvent des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et des articles 81 et 82 du Traité des communautés européennes.

Dans le cas de l'**entente**, il doit exister une volonté commune d'adopter un comportement qui a pour objet et/ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. La volonté peut s'exprimer de façon plus ou moins explicite.

Dans le cas de l'**abus de position dominante**, il faut que l'entreprise en cause détienne une position dominante sur le marché de référence et que son comportement puisse être qualifié d'abusif.

Pour pouvoir qualifier une pratique de contraire au droit de la concurrence, il faut qu'elle ait un effet avéré ou seulement potentiel sur le marché.

Ces infractions répondent donc à un régime particulier. Elles doivent être distinguées de la concurrence déloyale caractérisée par un comportement fautif au regard de la légitime compétition entre concurrents (voir partie III-B). Jusqu'à présent, il apparaît que la concurrence déloyale a été le moyen privilégié pour sanctionner les abus de liens.

2. Contentieux du Conseil de la concurrence relatifs à l'internet

Dans son rapport d'activité pour l'année 2000, le Conseil de la concurrence note que : « depuis que le développement d'internet a commencé à jouer un rôle de premier plan, les autorités de concurrence se sont interrogées sur l'attitude qu'elles devraient avoir vis-

à-vis de ce phénomène. Leurs interrogations sont en bonne partie théoriques, le nombre de cas soumis étant réduit ».

Cette prudence étant bien compréhensible, on peut tout de même tenter d'apprécier la démarche du Conseil de la concurrence en matière d'internet à partir de quelques exemples.

En premier lieu, une décision dite « ADSL »⁷⁶ rendue par l'Autorité de régulation des télécommunications, concerne les rapports entre le développement d'internet et les différents marchés des télécommunications. A cette occasion, l'ART s'est intéressée au risque que faisait courir à la concurrence entre les fournisseurs d'accès à l'internet le fait que l'un d'eux, *France Télécom interactive* (aujourd'hui *Wanadoo*) puisse bénéficier d'un avantage décisif du fait de ses liens avec sa maison mère.

Une autre affaire, examinée cette fois par le Conseil de la concurrence⁷⁷, concerne le différend qui a opposé la société *9 Télécom* à *France Telecom* à propos de l'accès au « circuit virtuel », technique qui permet à l'abonné d'être le client du nouvel opérateur pour un service de transmission de données à haut débit tout en restant client de *France Telecom* pour le service de téléphonie vocale. Le Conseil de la concurrence a constaté que la possibilité pour un opérateur de proposer une offre ADSL était subordonnée à un accès à la boucle locale sur laquelle *France Telecom* détient un quasi-monopole. Il a également relevé que si d'autres technologies, notamment le câble, permettaient de transmettre des données à haut débit, ces technologies n'offraient pas aujourd'hui les mêmes possibilités que le développement de la technologie ADSL. Enfin, il a noté que les perspectives de développement de ce dernier marché étaient particulièrement rapides et importantes. Le Conseil de la concurrence en a déduit que le refus de *France Telecom* de permettre aux opérateurs tiers de développer une offre d'accès à l'internet à haut débit qui leur soit propre et de les cantonner dans une fonction de revente de sa propre offre commerciale pouvait constituer une pratique anticoncurrentielle.

Le Conseil a eu également à approfondir les relations entre les opérateurs téléphoniques et les opérateurs de portail. Il a considéré qu'il existait un marché de la fourniture d'accès à l'internet mobile sur lequel la concurrence s'exerce entre les opérateurs de téléphonie mobile qui disposent de leur propre fournisseur d'accès, et les fournisseurs d'accès indépendants. Par ailleurs, il existe un marché de la fourniture de contenu sur lequel la concurrence s'exerce également entre des prestataires indépendants des opérateurs de téléphonie et ces mêmes opérateurs, qui disposent de leurs propres portails et de leurs propres sites.

Au vu de ces exemples, il apparaît que le Conseil de la concurrence a eu à connaître de contentieux relatifs à l'internet, mais que ceux-ci n'intéressent pas directement l'hyperlien. La jurisprudence concernant les moteurs de recherche est toutefois plus proche de ce sujet.

3. La jurisprudence du Conseil de la concurrence sur les moteurs de recherche

A cet égard, quelques orientations peuvent être dégagées sur la façon dont pourrait être abordée la question d'une pratique anticoncurrentielle du fait de la création ou du refus de création d'un ou plusieurs hyperliens. Les principes suivants, ressortant de la décision du Conseil de la concurrence du 9 juin 2000⁷⁸, peuvent être retenues :

⁷⁶ Décision de l'Autorité de régulation des télécommunications, n° 2001-253 du 2 mars 2001 : *Adminet.com*, <http://www.adminet.com/jo/20010424/ARTT0100168S.html>.

⁷⁷ Conseil de la concurrence, décision n°2000-MC-01 du 18 février 2000 : *Rajf.org*, <http://www.rajf.org/concurrence/2000/2000mc01.php>.

⁷⁸ Conseil de la concurrence, décision n° 00-D-32 du 9 juin 2000 : *Rajf.org*, <http://www.rajf.org/concurrence/2000/2000d32.php>.

- la fonction d'annuaire ou de moteur de recherche ne peut être tenue pour indispensable à la rencontre de la demande du consommateur et de l'offre de produits et services rendus sur internet ;
- l'exercice de la fonction de guide de recherche sur internet n'implique pas d'obligation de référencement exhaustif (à supposer que cela soit possible), ni d'adoption particulière de méthode de classement.

Dans ces conditions, **les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des annuaires et moteurs de recherche ne constituent pas, en eux mêmes, des atteintes au droit de la concurrence.**

Le Conseil de la concurrence a également été amené à connaître des *meta-tags* et de ce que les résultats des recherches auraient été falsifiés ou orientés dans le but de favoriser tel ou tel opérateur. Si dans l'espèce qui lui était soumise, le Conseil a rejeté la demande, il a tout de même considéré qu'il pourrait y avoir discrimination et atteinte à un marché du fait de l'ordre dans lequel les opérateurs apparaissent ou même dans l'accès ou non au moteur. Il n'a pas non plus exclu que des ententes soient possibles, c'est-à-dire qu'il y ait l'expression d'une volonté commune (existence de documents, de contrats etc...) et qu'il en résulte des effets sur le marché concerné.

D'autres illustrations des interventions du Conseil de la concurrence dans le secteur de l'internet méritent d'être signalées. Dans un avis du 20 juillet 1999⁷⁹, le Conseil a examiné les conditions dans lesquelles pouvaient être sélectionnés les fournisseurs de services auxquels serait ouvert un portail vocal. Pour plusieurs raisons un tel portail n'est efficace et intéressant que s'il est limité à quelques rubriques majeures et, dans ces rubriques, à un certain nombre d'opérateurs. En raison de l'avantage concurrentiel conféré aux éditeurs de services retenus, le Conseil a suggéré que l'admission au portail vocal devait faire l'objet d'une rémunération et que celle-ci soit fixée par un système d'enchères et enfin pour que cet avantage ne débouche pas sur des situations irréversibles, le Conseil a préconisé une remise en cause régulière de la sélection.

4. Confrontation du droit de la concurrence à l'exercice du droit de la propriété intellectuelle

De ce qui précède, il résulte que le droit de la concurrence propose un corps de règles homogènes et que le Conseil de la concurrence les applique en tenant compte des circonstances des espèces, des conditions de lieu et de temps ainsi que du stade d'avancement et d'évolution des techniques.

D'une manière générale, la jurisprudence du Conseil de la concurrence tend à s'opposer à ce que, en cas de constitution de monopoles de droit ou de fait, ceux-ci n'aboutissent à fermer le marché à de nouveaux entrants ou à empêcher leur développement.

Telle pourrait être la philosophie juridique que le Forum retiendra en s'appuyant également sur la jurisprudence de la Cour de cassation :

« (...) le fait pour [une société de gestion collective] d'imposer discrétionnairement et arbitrairement en situation de quasi-monopole ses propres conditions tarifaires [aux discothèques] sous la menace de sanctions pénales en se fondant sur des conventions contenant ainsi des clauses totalement contraires aux dispositions d'ordre public de la loi de 1957 [alors en vigueur] caractérise bien un abus de position dominante (...) »⁸⁰

Une décision récente du Conseil d'Etat a en outre rappelé que le droit de la concurrence était applicable aux actes de l'Etat :

⁷⁹ Avis n°99-A-10 du 2à juillet 1999 : *Rajf.org*, <http://www.rajf.org/concurrence/1999/99a10.php>.

⁸⁰ Cass. crim., 26 mai 1987, pourvoi n° 85-94365 : *Legifrance.gouv.fr*, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

« Si l'Etat peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit, ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'Etat. Dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante méconnaissant les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. »⁸¹

B. Le droit de la concurrence déloyale

Le droit de la concurrence déloyale permet de sanctionner un certain nombre de comportements abusifs. Il est nécessaire d'en exposer les fondements (1) afin de mieux comprendre l'application de ce droit aux hyperliens (2).

1. Le cadre général de la concurrence déloyale

La règle de libre concurrence entre opérateurs économiques, qui découle directement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie proclamé par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, établit la licéité du préjudice concurrentiel : tout opérateur économique peut attirer à lui et récupérer la clientèle de ses concurrents sans que ces derniers puissent le lui reprocher⁸². Néanmoins, la captation de clientèle par un opérateur économique n'est licite que sous réserve de l'usage de moyens loyaux et réguliers.

La concurrence déloyale consiste dans l'utilisation de procédés contraires aux usages et habitudes professionnels, tendant à détourner la clientèle d'un concurrent.

Le droit français, au contraire des droits espagnol, allemand ou suisse qui sont dotés d'une réglementation spécifique, ne comporte aucune disposition particulière sanctionnant les actes de concurrence déloyale. Celle-ci est appréciée, au cas par cas, par le juge.

La notion de concurrence déloyale remplit de multiples fonctions : réparatrice d'un dommage causé par un comportement fautif, disciplinaire en ce qu'elle sanctionne des agissements contraires aux pratiques et usages professionnels et protectrice de certains intérêts, en l'absence de droits privatifs. C'est pourquoi il s'avère délicat d'établir une définition de cette notion protéiforme.

1.1. Conceptions doctrinales

Il existe essentiellement trois conceptions doctrinales différentes de la concurrence déloyale. Un point de vue majoritaire la rattache au droit de la responsabilité civile en affirmant qu'elle n'en constitue qu'une illustration particulière. Certains auteurs⁸³ ont pu toutefois considérer que cette action avait pour but de protéger le droit qu'a le commerçant sur la clientèle. D'autres auteurs⁸⁴ considèrent que l'action en concurrence déloyale serait plutôt de type disciplinaire : la responsabilité civile a alors une fonction régulatrice des comportements et son utilisation peut jouer le rôle de peine privée. Enfin, un dernier courant considère qu'elle a pour fonction de protéger ceux qui ne peuvent se prévaloir d'un droit privatif : la concurrence déloyale est alors un système substitutif de défense de leurs droits.

⁸¹ CE, 29 juillet 2002, n°200886, *Société Cegedim* : *Rajf.org*, http://www.raif.org/article.php3?id_article=1235.

⁸² Pour un exemple récent : CA Paris, 17 avril 1996 : *Dalloz* 1997, somm. p. 99, note Yves Serra.

⁸³ Georges Ripert et René Roblot, « Traité de droit commercial », *LGDJ*, 2000.

⁸⁴ Jacques Azema, « Le droit français de la concurrence », *PUF*, 1989.

1.2. Construction jurisprudentielle

Ces divers fondements ne correspondent pas à la réalité jurisprudentielle qui estime que l'action en concurrence déloyale n'est qu'une modalité de la responsabilité pour faute.

La théorie française de la concurrence déloyale est donc issue d'une construction prétorienne fondée sur les règles de la responsabilité du fait personnel des articles 1382 et 1383 du Code civil visant à assurer la réparation d'un préjudice causé par un comportement fautif :

« L'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil qui impliquent non seulement l'existence d'une faute commise par le défendeur, mais aussi celle d'un préjudice souffert par le demandeur. »⁸⁵

Dans le prolongement de cette reconnaissance jurisprudentielle, l'évolution la plus marquante est sans doute l'émergence et l'essor du concept de **parasitisme**, qui consiste à tirer indûment profit de la notoriété et/ou des investissements d'autrui. Le parasitisme apparaît à l'origine comme une illustration de la concurrence déloyale, à l'instar du **dénigrement**, de la **confusion** ou de la **désorganisation**. Il s'inscrit donc dans un cadre de concurrence. Nombreuses sont aujourd'hui les décisions qui associent concurrence déloyale et parasitisme.

Mais le concept de parasitisme s'est émancipé : il a débordé le cadre des rapports concurrentiels et a acquis une autonomie certaine :

« Les agissements parasitaires peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence. »⁸⁶

La notion de parasitisme économique paraît dès lors devoir être distinguée de celle de concurrence déloyale, en ce qu'elle s'est affranchie de l'exigence d'une situation de concurrence. D'aucuns soutiennent que le parasitisme apparaîtrait comme la théorie générale et la concurrence déloyale comme une forme particulière.

Pourtant, la jurisprudence persiste à confondre ces deux notions, et ce, de façon constante et c'est dans ce cadre qu'il convient d'analyser l'application de la concurrence déloyale à l'utilisation des hyperliens.

2. L'application de la concurrence déloyale à l'utilisation des hyperliens

L'utilisation déloyale d'hyperliens fait l'objet d'un contentieux récent. Les tribunaux ont été amenés à préciser les contours de leur utilisation en sanctionnant les abus sur le fondement de la concurrence déloyale. Plusieurs types de comportements déloyaux ont ainsi été recensés.

2.1. Hyperlien et dénigrement

Une jurisprudence permet d'illustrer les limites posées à la liberté de lier au regard du dénigrement. Celle-ci concerne néanmoins l'établissement d'un lien, non pas directement vers le site visé par le dénigrement, mais vers un site tiers dont le contenu lui est préjudiciable. L'analyse de cette jurisprudence sera donc approfondie au sein du second rapport du Forum des droits sur l'internet portant sur la responsabilité du fait des hyperliens établis vers des contenus illicites.

Les faits sont les suivants : la société *Europe 2* a créé un lien profond sur son site, sous la rubrique « anti-NRJ », donnant directement accès à la page web d'un site suédois

⁸⁵ Cass. com., 19 juillet 1976 : JCP G 76, II, 18507.

⁸⁶ Cass. Com., 30 janvier 1996 : *Dalloz* 1997, p. 232, obs. Yves Serra.

reproduisant la marque NRJ en dénigrant ses programmes radio. La société NRJ a assigné *Europe 2* en réparation de son préjudice, estimant d'une part, que l'utilisation de sa marque sans autorisation constituait une contrefaçon et une concurrence déloyale et que, d'autre part, la diffusion de propos discréditant ses programmes radio constituait un acte de concurrence déloyale.

Par jugement du 30 juin 1999, le Tribunal de grande instance de Paris avait accueilli les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, pour cette dernière aux motifs que « le préfixe ANTI constituait de la part d'un concurrent direct un élément dénigrant caractérisant un agissement déloyal » et avait alloué en conséquence une indemnité symbolique d'un franc.

En appel, les seconds juges ont confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait constaté la contrefaçon de marque, mais ont déduit ce caractère déloyal de l'acte de contrefaçon lui-même :

« En créant [en toute connaissance] sur son site un lien hypertexte donnant directement accès à la page web susvisée, Europe 2 a manifestement cherché à mettre à la disposition des visiteurs de son site les propos dénigrant les produits de son concurrent direct ; ce comportement fautif émanant d'un concurrent direct est en soi un acte de concurrence déloyale commis aux dépens de la société NRJ. »⁸⁷

A ce titre, ils ont condamné la société Europe 2 à payer 250.000 Francs de dommages et intérêts.

2.2. Hyperlien et confusion (détournement de clientèle)

La saga judiciaire initiée aux dépens du moteur de recherche *Keljob* a permis aux juges de préciser les conditions de la responsabilité du fait de l'utilisation des hyperliens sur le fondement du critère de confusion ayant entraîné un détournement de clientèle.

2.2.1. Les affaires Keljob

Dans la première affaire, le moteur de recherche *Keljob* utilisait des liens profonds pour présenter sur son site et sous son adresse URL des pages du site *Cadres on line*. Les demanderesse sollicitaient du juge d'ordonner sous astreinte à *Keljob* de cesser cette pratique.

Accueillant cette demande, le juge des référés relève notamment que :

« (...) toute création d'hyperliens entre les sites du réseau Internet, quelle que soit la méthode utilisée et qui aurait pour conséquence de :

- *détourner ou dénaturer le contenu ou l'image du site cible, vers lequel conduit le lien,*
- *faire apparaître ledit site cible comme étant le sien, sans mentionner la source, notamment en ne laissant pas apparaître l'adresse URL et de plus en faisant figurer l'adresse URL du site à l'initiative d'établir ce lien,*
- *ne pas signaler à l'internaute de façon claire et sans équivoque qu'il est dirigé vers un site ou une page web extérieure au premier site connecté, la référence du site cible devant obligatoirement, clairement et lisiblement indiquée, notamment son adresse URL,*

« sera considérée comme une action déloyale et parasitaire et une appropriation du travail d'autrui même si dans le cas d'espèce Keljob, simple moteur de recherche, déclare ne pas exercer la même activité que Cadres on line et ainsi ne pas être en concurrence avec elle. »⁸⁸

⁸⁷ CA Paris, 4^{ème} ch., 19 septembre 2001, *SA NRJ et Monsieur J. B. c/ Sté Europe 2 Communication* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=217>.

⁸⁸ T. Com. Paris, réf., 26 décembre 2000, *Havas numérique et Cadres on line c/ Keljob* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=84> ; voir commentaire de Arnaud Diméglio, « Liens hypertextes : commentaire de l'affaire Keljob », *Juriscom.net*, 23 février 2001, <http://www.juriscom.net/pro/2/lh20010223.htm> ; voir également note Christophe Caron, *Comm. Com. Electr.*, mars 2001, p. 21.

Cette décision est riche d'enseignements, dans la mesure où les juges ont « listé » une série de comportements jugés comme déloyaux, en élargissant les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'instigateur du lien à toutes les pratiques ayant des conséquences dommageables pour le site cible, et non plus seulement à l'utilisation de liens profonds.

Les juges précisent également que le rapport concurrentiel n'est pas nécessaire en cette matière, fondant ainsi l'action en responsabilité sur un amalgame entre la concurrence déloyale et le parasitisme.

Dans une seconde affaire l'opposant à *Cadremploi*, il était reproché à *Keljob* de lister sur son site les offres d'emploi de *Cadremploi* issues de sa base de données. Celle-ci sollicitait du juge d'ordonner la cessation de la reproduction d'éléments de sa base de données.

Accueillant cette demande, le juge des référés a constaté d'une part, l'atteinte à la base de données et d'autre part, le comportement commercial parasitaire de *Keljob* aux motifs que :

« Un moteur de recherche (...) ne peut être utilisé pour collationner, outre des références, des contenus ou parties de contenus aux fins de réutilisation immédiate dans le cadre d'une entreprise commerciale ;

*« Keljob ne se contente pas de renvoyer les internautes visitant son site vers les sites d'offres d'emploi (...) en réalité, elle liste sur son site les offres (...) en récupérant sans bourse délier, les éléments de la base de données et donc les investissements réalisés par cette société, ce pour le développement de sa propre image et de son entreprise commerciale en fait directement concurrente de Cadremploi ».*⁸⁹

Ainsi, après avoir précisé le rôle d'un moteur de recherche, les juges précisent que l'utilisation de liens profonds a eu, en l'espèce, pour effet de faire profiter *Keljob* des investissements de son concurrent direct « sans bourse délier » et, par là-même, de détourner sa clientèle.

Il convient de souligner que les juges se sont fondés sur le parasitisme alors qu'ils avaient constaté la situation de concurrence directe entre les parties. Là encore, force est de constater l'amalgame entre les deux concepts de concurrence déloyale et de parasitisme. Cette ordonnance a d'ailleurs été infirmée en appel⁹⁰.

Les juges se sont ensuite prononcés au fond. Par jugement du 5 septembre 2001, le Tribunal de grande instance de Paris constate la contrefaçon de la marque de *Cadremploi*, l'atteinte à sa base de données par la réutilisation substantielle des offres d'emploi mais rejette l'action en concurrence déloyale du fait de la mise en place de liens profonds par *Keljob*⁹¹. Pour cela, les juges ont tout d'abord rejeté la qualification de dénaturation du contenu du site de *Cadremploi* pour défaut de preuve. Ils ont ensuite constaté l'absence de risque de confusion dans l'esprit des utilisateurs entre les deux sites. Enfin, ils ont relevé l'absence de faits distincts de ceux incriminés au titre de la contrefaçon de marque et de l'extraction d'éléments de base de données pour rejeter le comportement de détournement de clientèle. Les juges ont rappelé ici que les conditions de la responsabilité civile doivent être remplies pour engager la responsabilité du

⁸⁹ TGI Paris, réf., 8 janvier 2001 : *Juriscornet*, <http://www.juriscornet.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010108.htm>.

⁹⁰ CA Paris, 4^{ème} ch., 25 mai 2001, *SA Cadremploi c/ SA Keljob* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=218>.

⁹¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 5 septembre 2001 : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=220> ; voir commentaire de Arnaud Diméglio, « La guerre contre les moteurs a commencé », *Juriscornet*, 3 octobre 2001, <http://www.juriscornet.net/pro/2/lh20010223.htm>.

créateur des hyperliens. Il ne s'agit là que d'une application des principes fondamentaux du droit commun de la responsabilité.

On peut supposer que la protection instaurée par les droits privatifs suffisaient en l'espèce à réparer le dommage sans nécessiter l'adjonction de l'action, prétendument subsidiaire, en concurrence déloyale.

2.2.2. L'affaire Stepstone

Dans un autre litige opposant deux sociétés dans le même secteur d'activité que précédemment, le juge des référés du Tribunal de commerce de Nanterre, a eu l'occasion de rappeler le sort réservé à l'utilisation d'un hyperlien « simple ».

La société *Ofir* proposait des listes de postes à pourvoir comportant des liens simples permettant aux internautes d'atteindre le site de la société *Stepstone* afin d'y recueillir les informations complètes sur les offres d'emploi qui les intéressent. Considérant que la création desdits liens lui causait un préjudice, la société *Stepstone* avait assigné la société *Ofir* en concurrence déloyale.

Le juge des référés a débouté la société *Stepstone* de sa demande en relevant que :

« la société Ofir ne porte aucune atteinte à un droit de propriété intellectuelle et n'exerce aucun acte de concurrence manifestement déloyale ou donnant une image négative du site sur lequel le lien est effectué ».

A ce titre, le juge a rappelé que :

« la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement, surtout lorsqu'ils ne font pas, comme en l'espèce, directement sur les pages individuelles du site référencé. »⁹²

A nouveau, les tribunaux rappellent le principe de liberté gouvernant la création d'hyperliens, et ceci d'autant plus pour les liens simples.

Ainsi, pour que la responsabilité du créateur soit engagée, il faut rapporter la preuve manifeste d'une faute causant un préjudice, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Aucun comportement constitutif de concurrence déloyale ne pouvait être retenu.

En conséquence, **la seule mise en place d'un hyperlien n'est pas constitutive de concurrence déloyale.**

2.2.3. L'affaire Ornis

Enfin, à propos de liens profonds, le juge des référés a eu l'occasion de préciser que la contestation relative à la reconnaissance du caractère contrefaisant d'un hyperlien profond est une question de fond qui relève du juge de droit commun.

Saisi de la question de savoir si d'une part, la création d'un lien profond à l'insu du titulaire du site cible, ainsi que celle d'un site de reroutage automatique sont en eux-mêmes des actes contrefaisant et, d'autre part, si cette démarche constitue une complicité dolosive ayant pour but de créer au profit des créateurs des liens une confusion, qualifiée de parasitaire, le juge des référés s'est déclaré incompétent au profit du juge de droit commun. Le sort des liens profonds relève donc d'une contestation sérieuse⁹³.

⁹² T. Com. Nanterre, réf., 8 novembre 2000 : *Legalis.net*, <http://www.legalis.net>.

⁹³ TGI Nanterre, réf., 11 décembre 2000, *Sté Groupe Industrie Service c/ Stés Ornis, Electronic Business Service et Cinam* : *Legalis.net*, <http://www.legalis.net>.

Concernant la concurrence déloyale, le Forum conclut :

- 1) que l'utilisation des hyperliens n'est pas exempte des règles de droit commun. Si aucune protection ne leur est accordée *a priori* par le biais d'un quelconque monopole, leur utilisation se trouve contrôlée *a posteriori* par le biais de la responsabilité civile.
- 2) que la concurrence déloyale (entendue comme englobant également le parasitisme) apporte les limites nécessaires à l'utilisation de procédés contraires aux usages professionnels tendant à détourner la clientèle d'un concurrent par le biais d'hyperliens.
- 3) que le principe gouvernant la création des hyperliens est la liberté, inhérente à l'essor du réseau internet. En conséquence, seule la constatation d'un comportement déloyal, et donc d'une faute causant un préjudice, pourra engager la responsabilité civile du créateur du lien.
- 4) que seule l'atteinte au droit privatif est sanctionnée et non le moyen utilisé pour y parvenir.

IV.- RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui ont été exposés plus haut, un principe doit être posé : **l'établissement d'un lien est libre**. Ce principe est justifié par la nature et le fonctionnement même de l'internet. Mais, en société, une liberté n'est pas absolue et c'est à un juste équilibre entre contraintes et liberté qu'il faut parvenir. A cet égard, les réflexions du Forum, qui a réuni sur cette question le plus largement possible les acteurs de l'internet, ont finalement permis de dégager un consensus sur la conception générale de l'hyperlien (A) ainsi que sur les recommandations à dispenser aux acteurs (B).

A. Conception générale de l'hyperlien

Le Forum des droits sur l'internet décide ainsi de faire référence à une **liberté de lier dans le respect des droits des tiers**, expression qui recouvre une analyse juridique des risques d'atteinte aux droits des tiers du fait de la réalisation de liens. Cette liberté est donc encadrée par les règles de droit destinées à prévenir les cas d'abus ou d'atteinte aux droits sur le site ou la ressource liée.

1. Liberté de lier

Personne n'est obligé de créer un site, d'établir un lien ou de « surfer » sur le web. Cela veut dire qu'à partir du moment où une personne décide de mettre en ligne une ressource sur l'internet, elle doit en accepter le fonctionnement, l'esprit et les règles implicites.

L'hyperlien est un élément essentiel du fonctionnement du web. Il permet un **cheminement**, c'est-à-dire le passage d'un site à un autre, donc d'une propriété à une autre, soit que l'on reste devant le site, soit que l'on pénètre à l'intérieur pour le traverser ou en faire la visite⁹⁴. Il y aurait seulement à répondre, de la part de celui qui utilise le lien, d'un abus de cette utilisation, d'abord sur le terrain du droit commun et ensuite sur celui d'un droit spécial en invoquant, par exemple, dans le droit de la propriété littéraire et artistique, la contrefaçon.

Si le lien n'est qu'un « chemin », notion fondant la liberté de se déplacer sur le web, cela a pour conséquence **sa neutralité** au regard des législations auxquelles il peut être confronté. Le lien ne relève pas, en soi, de telle ou telle législation ; il ne peut pas être accaparé à son seul profit par une législation. Cela signifie, selon l'on suggéré Mes Marie-Hélène Tonnelier et Guillaume Teissonnière au sein du groupe de travail, que l'utilisation du mode hypertexte ne répond, en soi, à aucun régime juridique spécifique et la législation régissant, le cas échéant, les conditions d'utilisation du mode hypertexte dépendra donc de différents facteurs, dont le plus important paraît être le régime juridique applicable au contenu vers lequel le lien hypertexte pointe (outre les cas dans lesquels, c'est le lien lui-même qui reproduit/utilise un contenu protégé).

⁹⁴ Une analogie avec la notion de servitude définie dans le Code civil (article 637 du Code civil : « *Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* »), c'est-à-dire dans le droit commun, pourrait être envisagée. En effet, si l'hyperlien est regardé comme une servitude de passage (ou plutôt de vue) de site en site, il n'y aurait pas à obtenir d'autorisation du propriétaire du « fonds servant » ou du « fonds dominant » (Article 638 du Code civil : « *La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre* »).

2. Respect du droit des tiers

La légalité d'un lien doit être analysée, au cas par cas, en fonction des atteintes éventuelles aux droits des tiers que l'établissement de ce lien peut constituer.

A titre d'exemple, si l'hyperlien est utilisé pour renvoyer l'internaute vers une marque, il conviendra d'analyser la légalité du procédé au regard du droit des marques ; si c'est une base de données qui est concernée, il conviendra de se tourner vers le droit *sui generis* des bases de données et vers les conditions d'application spécifiques de ce droit (critères de "réutilisation" ou d'"extraction" de parties qualitativement ou quantitativement substantielle de la base) ; enfin, si c'est une œuvre qui est liée par un hyperlien, se posera la question de l'emprise du droit d'auteur sur le lien mis en place. Toutes ces problématiques peuvent éventuellement se cumuler au regard de la nature des contenus liés.

Le Forum des droits sur l'internet a étudié différentes situations dans lesquelles la mise en œuvre d'un lien comporte un risque d'atteinte aux droits du lié (voir tableau en annexes).

B. Recommandations pratiques à destination des acteurs

Le Forum des droits sur l'internet souhaite sensibiliser l'ensemble des destinataires du présent rapport sur le caractère irréaliste qu'il y aurait à soumettre l'établissement de tout lien à autorisation systématique.

Compte tenu cependant des préjudices qui peuvent résulter de l'établissement de certains types d'hyperliens, le Forum désire adresser des recommandations à l'attention des personnes établissant des hyperliens à partir d'un site web. Une dernière recommandation est également formulée à l'attention des titulaires de sites.

1. Recommandations aux personnes établissant des hyperliens : un code d'usage

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux personnes établissant des hyperliens :

1) d'obtenir l'accord préalable du titulaire des ressources liées dans les cas suivants :

- pour toute inclusion par hyperlien, au sein d'une page web, de toute page appartenant à un site tiers ou de fichiers protégés par la propriété intellectuelle.

Sont concernées les techniques dites de « framing » et « in line linking ».

- pour les liens profonds effectués directement vers des fichiers téléchargeables ou exécutables (graphiques, sonores, vidéos, logiciels) protégées par la propriété intellectuelle.

Tel est le cas du lien directement effectué vers un logiciel ou un fichier musical de type MP3 disponible en téléchargement sur un serveur tiers.

- pour les reproductions, destinées à accompagner ou illustrer le pointeur d'un hyperlien, de toute œuvre protégée par la propriété intellectuelle (textes, images, vidéos ...) appartenant au site lié.

Tel est le cas lorsque le créateur du lien reproduit une image appartenant à un autre site pour illustrer un lien établi vers celui-ci.

- pour les reproductions, destinées à accompagner ou illustrer le pointeur d'un ou plusieurs hyperliens vers les ressources d'un même site, d'une partie significative du contenu de ces ressources ou de plusieurs de leurs titres, lorsqu'une interdiction d'extraction ou de réutilisation des données est formulée par le producteur de la base de données.

Peuvent être concernées, par exemple, les reproductions de résumés de postes à pourvoir pour illustrer des liens hypertextes effectués vers plusieurs annonces d'offres d'emplois.

- pour l'établissement de plusieurs liens profonds vers les ressources d'un même site, lorsqu'une interdiction d'extraction ou de réutilisation des données est formulée par le producteur de la base.

De nombreux liens effectués vers des articles de presse appartenant à un même site sont en effet susceptibles de faire l'objet d'une interdiction de la part de l'éditeur de ce site et donc nécessiter une demande d'autorisation.

- pour les liens exploités de façon autonome.

Tel est le cas lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaire à l'occasion de l'établissement des liens, notamment par la facturation de la consultation des œuvres auxquelles il renvoie.

2) de demander une autorisation aux propriétaires des marques concernées :

- pour les reproductions, sur le pointeur d'un lien, d'une marque désignant des produits ou services identiques à ceux du titulaire du site lié, ou similaire à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public.

Il s'agit essentiellement d'un cas d'école. Il est par exemple interdit, à défaut d'autorisation des propriétaires des marques concernés, d'effectuer un lien vers le site d'un fabricant de voiture en le désignant par la marque d'un autre fabricant de voiture.

- pour les reproductions, sur le pointeur d'un lien, d'une marque désignant des produits ou services identiques à ceux proposés par le site liant, ou similaire à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public.

Il est par exemple recommandé à un fabricant de voiture d'éviter, à moins d'en avoir obtenu l'autorisation, d'apposer la marque d'un concurrent sur un lien établi vers son site.

3) de veiller à ce que la présentation du lien, simple ou profond, ne tende pas à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération entre le site liant et la ressource liée, particulièrement lorsque la nature du site liant, de la page liante ou du commentaire accompagnant le pointeur risque de porter atteinte à l'image de l'œuvre liée.

Par exemple, un lien effectué à partir d'un site pornographique vers le site d'un artiste indépendant et qui fait croire à une collaboration de l'un avec l'autre pourrait porter atteinte à l'intégrité du site lié.

4) de veiller à ne pas effectuer de lien profond vers un site constituant une œuvre artistique à part entière dont l'auteur exigerait un mode de consultation particulier.

5) d'accompagner le pointeur de tout hyperlien des références permettant d'identifier l'appartenance ou la paternité de la ressource liée (nom du site auquel appartient la

ressource liée, mention de la page d'entrée de ce site, nom de l'auteur de la ressource liée etc...).

6) pour tout type de liens, et par mesure de courtoisie, d'informer le propriétaire du site ou de la ressource liée du fait qu'un lien a été établi vers celui-ci ou celle-ci.

7) de respecter les politiques en matière d'hyperliens clairement affichées par les titulaires de sites.

2. Recommandation aux titulaires de sites

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux titulaires de sites web d'afficher clairement la politique qu'ils entendent mener à l'égard des hyperliens, c'est-à-dire à désigner les types de liens et modes de présentation souhaités ou non.

Cette politique doit tenir compte du fait que seuls les liens susceptibles de porter atteinte à un droit peuvent être interdits. Ainsi, les liens simples et profonds établis vers des pages web et effectués en remplacement de la page liante ou faisant apparaître la page liée dans une fenêtre du navigateur ne peuvent a priori pas être interdits.

ANNEXE 1 : COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

Corinne COSCAS, Bouygues Telecom ;
Pierre DE LA COSTE, Melusine.org ;
Antoine DROCHON, Association Des Internaute Médiateurs (ADIM), et représentant de l'association Vivre le net ;
Astrid FLESCHE, Groupement des Editeurs de services en ligne (GESTE) ;
Frédéric GOLDSMITH, Syndicat National de l'Édition Phonographique (SNEP) ;
Valéry GRANCHER, éditions du Seuil – Webartiste ;
Magali JALADE, Bureau de Vérification de la Publicité (BVP) ;
Michèle LEMU, Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS) ;
Jean-Christophe LE TOQUIN, Association des Fournisseurs d'Accès à internet (AFA) ;
Lore TOURAILLE, Syndicat National de l'Édition (SNE) ;
Jacques LOUVIER, Direction du Développement des Médias – Magistrat ;
Christian LUPOVICI, Association des Directeurs de Bibliothèques Universitaires ;
Valérie MICHEL-AMSELLEM, Conseil de la concurrence ;
Christine REICHENBACH, Union des Annonceurs (UDA) ;
Cyril ROJINSKY, Avocat ;
Pierre SIRINELLI, Professeur de droit, Université Paris-I ;
Guillaume TEISSONNIERE, Avocat ;
Huber TILLIER, Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) ;
Marie-Hélène TONNELIER, Avocate.

La coordination des travaux a été assurée par **Olivier GAINON** et **Bertrand DELCROS**.

Rapporteur du groupe : **Lionel THOUMYRE**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet.

ANNEXE 2 : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Dans l'ordre des auditions, jusqu'au mois de janvier 2003 :

Arnaud DIMEGLIO, Avocat, auteur d'une thèse sur le référencement ;
Eric BARBRY, Avocat, Cabinet Bensoussan ;
Guillaume TOURRES et **Cyril VOISIN**, Microsoft ;
Isabelle CAMUS, Avocat, Cabinet Nomos ;
Stéphane KOLODZIECZYK, Keljob ;
Thibault GEMIGNANI, Cadremploi ;
Jean-Pierre BALPE, Artiste, écrivain, chercheur, créateur du département hypermédia de Paris VIII ;
Cheickne KEITA et **Hélène LANGLOIS**, Yahoo France ;
Rémy POULLE et **Stéphanie FOUGOU**, Wanadoo/Voilà ;
Ted NELSON, Project Professor ;
Jean-Jacques GOMEZ, Magistrat ;
Alain CARISTAN, Directeur technique du CNED - ancien de l'INRIA ;
Valérie MICHEL-AMSELLEM, Conseil de la concurrence
François TERRE, Professeur émérite de l'Université Paris II, spécialiste du droit des biens et des biens immatériels ;
Guillaume TEISSONNIERE, Avocat et **Marie-Hélène TONNELIER**, Avocate ;
Christophe CARON, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris XII ;
Cédric MANARA, Professeur à l'EDHEC, Nice
Xavier STRUBEL, Institut National des Télécommunications (INT).

ANNEXE 3 : TABLEAUX DE SYNTHÈSE

Les probabilités pour que le lien hypertexte porte atteinte à l'un des droits étudiés au sein du rapport sont reportées dans les tableaux ci-dessous.

L'absence de point indique peu ou pas de probabilité de porter atteinte à l'un des droits exposés ci-dessous, les points blancs (o) indiquent une simple probabilité et les points noirs (●) expriment une probabilité plus forte.

I. LES RISQUES D'ATTEINTES A UN DROIT EN FONCTION DE LA TECHNIQUE DU LIEN

Types de liens / Types d'atteintes	Simples	Profonds		Transclusions	
		Page*	Fichier**	Page*	Fichier**
Concurrence déloyale		o	o	o	o
Droit de reproduction					
Droit de représentation			o	●	●
Droit moral	o	o	o	o	o
Droit des marques					
Droit des bases de données				o	

II. LES RISQUES D'ATTEINTES A UN DROIT EN FONCTION DE L'USAGE QUI EST FAIT DU LIEN

Types d'usages / Types d'atteintes	Multiples	Source dissimulée	Exploitation autonome
Concurrence déloyale		●	●
Droit de reproduction			
Droit de représentation			o
Droit moral		o	
Droit des marques			
Droit des bases de données	o		o

* **page ou page web** : document HTML accessible sur la Toile possédant une adresse propre. Un site web est généralement composé de plusieurs pages web.

** **fichier** : fichier téléchargeable ou exécutable de nature variée (word, pdf, image, son, vidéo, logiciel...) autre qu'une page web.

La lecture des deux tableaux se superpose, permettant ainsi d'envisager un cumul de probabilités.

Lecture des tableaux :

> Le lien simple :

Le lien tissé vers la page de présentation d'un site internet est neutre. Son existence n'entraîne en soi aucune dérogation particulière à la présomption de la liberté de lier.

Mais parce qu'il permet d'« associer » des sites entre eux, on peut estimer que, dans certains cas particuliers, l'existence même du lien hypertexte pourrait poser problème au regard du droit moral de l'auteur relatif au respect de l'**intégrité** de son site (lorsque ce dernier est considéré comme une œuvre).

Une atteinte au droit moral ne pourrait cependant être réalisée que par l'existence de **faits connexes** à l'établissement du lien : par exemple la nature particulière du site liant qui s'avère gênante pour l'image du site lié, notamment lorsque la présentation du lien tend à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération entre les deux sites, ou un refus clairement affiché de certains liens.

> Le lien profond

En permettant de pointer directement vers les pages internes d'un site, cette technique de liaison peut entraîner une conséquence susceptible d'atténuer sa neutralité au regard de plusieurs droits : celui qui est dirigé vers l'œuvre liée identifiera plus difficilement sa source. Par là même, cette technique de liaison peut, suivant les cas et les faits connexes à l'établissement du lien :

- 1.- provoquer une confusion dans l'esprit du public entre le site liant et le site lié (**concurrence déloyale**) ;
- 2.- porter atteinte à l'**intégrité** de l'œuvre dont l'auteur aurait prévu un mode de consultation linéaire, c'est-à-dire en passant systématiquement par la porte d'entrée du site ;
- 3.- porter atteinte au droit au respect de la **paternité** de l'œuvre liée dans les cas où, par exemple, les pages internes ne feraient aucune référence à leur auteur et où l'URL ne serait pas suffisamment explicite pour en retrouver facilement la trace.

Par ailleurs, le lien profond peut encore porter atteinte :

- au **droit de représentation** : on peut estimer que le lieur commence à faire un acte de mise à disposition du public lorsqu'il fait pointer ses liens vers un ou plusieurs fichiers téléchargeables ou exécutables (fichiers de traitements de texte, sonores, graphiques, vidéos ou logiciels) contenues à l'intérieur d'un site ou d'une page web. En effet, en permettant à l'internaute de consulter ou de télécharger une ressource en dehors de son site ou de sa page d'origine, on pourra estimer que le lien établi la détourne du mode d'exploitation initialement prévu par le titulaire des droits et consiste, dans ce cas, en une mise à disposition du public ;
- au **droit des bases de données** : le lien profond peut en effet permettre la réutilisation d'une donnée contenue dans un site. Mais l'atteinte ne sera consommée que si la réutilisation concerne la totalité de la base, une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de celle-ci, ou excède manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de donnée.

> La transclusion

Les techniques de « transclusion » ou d'« inclusion par lien hypertexte » que nous connaissons à l'heure actuelle (*in line linking* et *framing*) conduisent à présenter une page ou un élément de cette page (sonore, graphique, video...) au sein d'une fenêtre ou d'une page du site liant ou à exécuter automatiquement des fichiers sonores ou audiovisuels.

Cette technique peut, en soi, avoir pour triple effet :

- 1.- de faire passer pour sien le bien d'autrui, risquant ainsi de consister en un acte de **concurrence déloyale** et de porter atteinte au respect de la **paternité** de l'œuvre liée, si toutefois la source et l'auteur ne sont pas indiqués ;
- 2.- de donner l'apparence que la mise à disposition du public des œuvres liées est le fait du site liant. En procédant à une transclusion, l'auteur du lien se place volontairement dans la situation de celui qui est à l'origine de la représentation de l'œuvre et risque ainsi de la contrefaire sur le fondement de ce droit. La mise en œuvre du **droit de représentation** dépendra cependant de l'objet inclus (page/fichier) et de son degré d'inclusion. Notons que la technique de transclusion est souvent utilisée comme moyen d'appropriation des œuvres se trouvant sur le site lié ;

3.- de modifier la présentation de l'œuvre et de porter ainsi atteinte au droit moral relatif à l'**intégrité de l'œuvre**.

> **La multiplicité des liens vers un même site**

Dans les cas où le site lié reçoit la qualification d'une base de données, la multiplicité ou la répétition des liens vers une même base pourra s'analyser comme une réutilisation de la totalité ou d'une partie quantitativement substantielle de celle-ci, actes pouvant faire l'objet d'une interdiction de la part du producteur de la base de données.

> **Dissimulation de la source**

Le fait que l'internaute ait la volonté de dissimuler la source de l'œuvre liée implique une forte présomption d'**agissements parasites** et implique naturellement une atteinte au droit au respect de la **paternité** de l'œuvre.

> **Exploitation « autonome » de l'hyperlien**

Même dans le cas d'un lien simple, l'exploitation d'un lien ou d'une collection de liens, dans la mesure où elle constitue l'activité principale du site liant, fera facilement présumer un **agissement parasite**, à défaut d'entente commerciale avec le site lié. Il influera également, dans la mesure où d'autres éléments de faits seront rapportés, sur la mise en œuvre par le lien du **droit de représentation** et, le cas échéant, le droit des **bases de données** (du fait de l'acte de réutilisation en découlant).

L'exploitation autonome ressortira particulièrement des critères suivants :

- la réalisation d'un chiffre d'affaire substantiel par le site liant à l'occasion de l'établissement des liens ;
- la facturation éventuelle par le site liant de la consultation des œuvres auxquelles il donne accès par les liens qu'il établit ;
- l'existence d'une relation de filialisation entre le site liant et le ou les sites liés exploitant directement des œuvres protégées ;
- l'existence d'une relation contractuelle entre le site lié exploitant directement des œuvres protégées et le site liant, notamment si elle est exclusive.

Les effets de cette exploitation autonome doivent être atténués pour les moteurs de recherche généralistes en raison de la fonction qu'ils remplissent sur le web.