

L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée

[Lionel Thoumyre](#)

Directeur éditorial de *Juriscom.net*

Juriste, Chargé de mission au Forum des droits sur l'internet

email : lionel@juriscom.net

Article paru dans les *Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseau*, n°157, avril 2003 (numéro spécial « Les Cahiers de l'ADIJ »), p. 3-11.

Introduction

Le web ou, comme certains ont déjà pu l'appeler, la « substantifique toile »¹, constitue un espace de communication interactif fonctionnant essentiellement sur le principe du lien hypertexte. Ce dernier permet d'interconnecter les données contenues sur l'internet et mises à disposition du public sur la « toile » par les éditeurs de contenus. Les liens forment ainsi autant de passerelles – pour ne pas dire de « fils » – entre les ressources disponibles sur le web et sont susceptibles de se multiplier au gré des créateurs². S'ils n'étaient reliés par les hyperliens, les sites web ne seraient accessibles que par le biais de la saisie manuelle de leur adresse dans la fenêtre du navigateur. Mais utilisé de cette manière, l'internet perdrait de sa spécificité et ne se distinguerait plus vraiment, alors, du Minitel.

Or, le web a été conçu pour permettre l'interconnexion des ressources. Cette caractéristique fait partie intégrante du média dont on doit faire l'effort, pour comprendre les usages qui s'y sont greffés, de sortir du paradigme de la diffusion linéaire pour rentrer dans celui de la communication multidirectionnelle.

Ce type de communication ne va pas, cependant, sans heurter les intérêts de certains éditeurs de sites qui acceptent difficilement que leurs contenus soient liés n'importe comment et par n'importe qui, en particulier par leurs concurrents. On peut aisément le comprendre lorsque des tiers lient recourent à des techniques de présentation visant à donner l'illusion qu'ils sont eux-même éditeurs des contenus vers lesquels ils ne font que renvoyer leurs lecteurs ou, plus précisément, lorsqu'ils recourent à des techniques de liaisons leur permettant de tirer bénéfice d'œuvres en ligne protégées par la propriété littéraire et artistique.

Il convient donc de se poser la double question de savoir si le créateur de lien peut tisser librement, ou si, au contraire, un accord ou une autorisation de la part de l'éditeur du site visé par le lien ou de l'auteur de l'œuvre liée est systématiquement nécessaire. On devine qu'entre deux positions extrêmes, une réponse manichéenne n'est ni souhaitable, ni envisageable et qu'il faut y apporter des nuances.

De nombreuses affaires au Danemark, en Ecosse, en France ainsi qu'aux Etats-Unis ont déjà donné lieu à des solutions différentes suivant la particularité des faits, les intérêts en jeu, les moyens soulevés et, aussi, le degré de perplexité des juges face à un outil technique souvent difficile à conceptualiser. Or, ce foisonnement de solutions jurisprudentielles n'est pas de nature à favoriser la sécurité juridique que les acteurs sont en droit d'attendre pour mener à bien leur communication ou leur commerce sur l'internet, tant du côté des tisseurs de toile que de ceux qui, par un légitime réflexe, désirent « protéger » le fruit de leurs investissements ou de leur création.

¹ Tel était le titre de la 5^{ème} édition des Entretiens Scientifiques à Brest, 19 et 20 octobre 2001 : « Internet, la substantifique toile : science en jeu, jeu de pouvoir ? ».

² L'hyperlien est ainsi défini par le Forum des droits sur l'internet : « 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 liée. », voir « Définitions autour du lien hypertexte », 18 janvier 2002, Groupe de travail 'Liens hypertextes' du Forum des droits sur l'internet, <http://www.foruminternet.org/groupe_travail/lire.phtml?id=175>.

Ces difficultés sont naturellement arrivées aux portes du « Forum des droits sur l'internet »³ qui, suite à une consultation publique menée sur son premier forum en ligne et à une forte demande de la part des internautes pour traiter des liens hypertextes, a lancé un groupe de travail sur ce sujet le 10 octobre 2001.

L'objectif de ce groupe était d'identifier les problèmes soulevés en droit par l'acte même consistant à établir un ou plusieurs liens vers des contenus licites « extérieurs » et définir un cadre juridique susceptible d'en permettre l'exercice⁴.

Pour cela, le groupe de travail a confronté les dispositions de différentes branches du droit (propriété littéraire et artistique, droit des bases de données, droit des marques, droit de la concurrence et concurrence déloyale) aux méthodes de liaisons existants actuellement. Il s'est donc interrogé sur les conséquences juridiques de l'acte même de lier en fonction du type de ressource visé (page web, fichier), de la profondeur du lien (lien simple / liens profond) et du mode de présentation choisi pour la ressource liée (remplacement de la page liante / *framing* / *inline linking*)⁵.

La composition du groupe de travail a été pensée dans le but d'obtenir une représentation équilibrée entre trois collèges : marchands, utilisateurs et administration. Lors des auditions auxquelles le groupe a procédé et des réflexions qu'il a pu mener s'est cristallisée une véritable opposition entre les tenants de la liberté de lier et ceux d'une application stricte – voire extensive – des principes de la propriété littéraire et artistique (I).

Entre une culture de liberté et une logique propriétaire que vient servir une interprétation étroite des règles gouvernant la propriété intellectuelle, obtenir le consensus entre les acteurs devient une gageure. Il convenait, dès lors, de surmonter le réflexe propriétaire pour retrouver, à travers l'application des différentes branches du droit, cet équilibre que le législateur a toujours voulu préserver entre les droits et les libertés (II).

I. Oppositions sur la mise en œuvre du droit de représentation par les hyperliens

En abordant la qualification juridique des hyperliens au regard de la propriété littéraire et artistique, le groupe de travail du Forum des droits sur l'internet a dû résoudre une question fondamentale : la création d'un hyperlien vers une œuvre protégée doit-elle être considérée comme un acte de représentation ?

L'enjeu est de la plus haute importance sur le plan pratique, car une telle qualification obligerait tout créateur d'hyperlien à obtenir, en application des dispositions de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, une autorisation de représentation auprès des auteurs des contenus liés et/ou de leurs ayants droit⁶. Or, cette autorisation doit remplir trois exigences particulièrement contraignantes pour les créateurs d'hyperliens : elle doit être expresse – on ne peut donc pas considérer que le titulaire d'un site l'aurait implicitement accordée –, elle doit être obtenue préalablement à l'établissement du lien et doit être constatée par écrit⁷.

³ Le Forum des droits sur l'internet est un organisme créé en 2001 avec le soutien des pouvoirs publics. Il a pour mission d'informer sur les enjeux de droit et de société liés au développement d'internet et d'organiser la concertation entre acteurs publics et privés. Il comprend aujourd'hui une soixantaine de membres, organismes publics, associations et entreprises privées.

⁴ Nous ne traiterons donc pas ici du cas des liens établis vers des contenus illicites, préjudiciables ou contrefaisants qui sera traité au sein du rapport que le Forum des droits sur l'internet produira en juin 2003. Voir également Rojinsky C., « Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible », *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°155, février 2003, p. 1-10 ; disponible sur *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=80>>.

⁵ Les liens sont dits « simples » lorsqu'ils renvoient à la page de présentation d'un site ou « profond » lorsqu'ils pointent vers une page interne dudit site. Certains liens, que nous appelons « liens par inclusion » ou « transclusion », permettent de présenter dans l'un des cadres d'une page web une autre page web (technique du « *framing* ») ou d'inclure sur une page web une image ou une vidéo, voire un son, en provenance d'un site tiers (technique du « *in-line linking* »).

⁶ 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. »

⁷ Il s'agit d'une condition de preuve découlant 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

Dans ce cas de figure, la pratique généralement constatée consistant à établir librement des hyperliens serait lourdement remise en cause. Pis, la grande majorité des personnes établissant des hyperliens (à l'occasion de la création ou de l'actualisation d'un site, de la participation à un forum de discussion ou encore d'une liste de discussion), devraient actuellement être considérés comme des contrefacteurs au regard de l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle⁸.

Pour autant, certains membres du groupe de travail ont souhaité défendre les intérêts patrimoniaux des ayants droit en soutenant la mise en œuvre systématique du droit de représentation par l'hyperlien. Cette thèse a donné lieu à une vive controverse dont il est intéressant de rapporter les principaux termes.

A. Thèse I - L'hyperlien analysé comme un acte de représentation

Le premier argument visant à défendre les intérêts des ayants droit rappelle que la lettre même de l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui définit la représentation comme « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque (...) », est suffisamment large pour comprendre les hyperliens. Mais encore faut-il, au regard des exemples énumérés par l'article L. 122-2 (récitation publique, présentation publique, projection publique ou encore transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ...), que la communication soit effectuée à destination d'un « public » pour donner prise au droit d'auteur. C'est ce que tend à démontrer un second argument faisant l'analogie entre la situation du tisseur de liens et celle de l'hôtelier qui place des récepteurs de télévision dans ses chambres d'hôtel.

Dans un arrêt du 6 avril 1994⁹, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que 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. Il s'agissait donc, pour la Cour de cassation, d'un acte d'exploitation relevant du droit d'auteur et nécessitant ainsi l'autorisation du titulaire des droits. Par ailleurs, la Cour d'appel de renvoi a disposé que « *le seul fait de procurer [aux] clients la possibilité de recevoir [des programmes] constitue la communication donnant lieu à la perception du droit de représentation* »¹⁰.

L'établissement du lien, considéré ici comme un procédé permettant de communiquer une œuvre à un public, doit ainsi nécessiter autorisation.

B. Thèse II – Neutralité de l'hyperlien au regard du droit de représentation

A l'appui de la thèse contraire à la mise en œuvre du droit de représentation, il faut tout d'abord préciser que la Cour de cassation entendait contredire l'argument selon lequel l'hôtelier ne procédait à « *aucune retransmission nouvelle et autonome* » des émissions télédiffusées¹¹. C'est donc le fait d'avoir permis à un public spécifique, celui des chambres d'hôtel, différent de celui des téléspectateurs qui reçoivent chez eux les mêmes émissions, qui aurait fondé la mise en œuvre du droit de représentation. Or, sur un média favorisant le « butinage » de site en site, il n'est pas évident de considérer que le public d'un site n'est pas celui d'un autre. En d'autres termes, on ne pourrait considérer que l'hyperlien s'adresse à un public suffisamment identifiable pour qu'il permette d'en arriver aux mêmes conclusions que dans l'arrêt du 6 avril 1994.

civil sont applicables. » Aussi les cessions doivent-elles respecter un formalisme précis (art. L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle).

⁸ Article L 335-3 du Code de la propriété intellectuelle : « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. »

⁹ « (...) 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 (...) », 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 Gautier P.-Y. ; arrêt disponible sur [Foruminternet.org](http://www.foruminternet.org/documents/general/lire.phtml?id=254), <<http://www.foruminternet.org/documents/general/lire.phtml?id=254>>.

¹⁰ CA Paris, 20 septembre 1995, RIDA, avril 1996, p. 277 et 193, obs. Kéréver A.

¹¹ CA Paris, 1^{ère} ch. B, 10 janvier 1992.

Une doctrine soutient par ailleurs que l'hyperlien ne donne pas lieu à une nouvelle mise à disposition du public : « *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).* »¹²

Enfin, les tenants de la thèse relative à la liberté de lier ont rappelé que celui qui met un contenu en ligne sans aucune protection visant à empêcher l'établissement d'hyperliens vers celui-ci peut – ou même « doit » – s'attendre à ce qu'un nombre indéterminé de liens soit tissé vers celui-ci, cette faculté faisant partie intégrante du fonctionnement du média, par nature « ouvert, global et international ».

Ainsi, s'il est possible de déclarer que l'acte de volonté initial du télédiffuseur, pour reprendre les termes du professeur Pierre-Yves Gautier¹³, est méconnu par l'hôtelier qui procure les émissions de l'ayant droit à ses clients, il n'est guère possible de prétendre que l'établissement d'un hyperlien vers une œuvre disponible sur l'internet puisse contredire l'acte de volonté initiale de celui qui l'a mise en ligne ou de l'ayant droit qui l'y a autorisé.

La présente thèse considère donc que l'établissement d'hyperliens ne fait que participer à la communication au public originellement désirée – et techniquement suscitée – par celui qui met son œuvre sur le web.

II. Un consensus sur la liberté de lier dans le respect du droit des tiers

Un constat doit être posé à ce stade : si certains membres du groupe de travail se sont inspirés des modèles de réglementation des médias traditionnels pour "*mieux saisir l'essence des règles actuelles et illustrer la présence des facteurs pertinents*", selon la formule du professeur Pierre Trudel¹⁴, on ne peut que regretter les limites de l'approche métaphorique qui, pour être appliquée à un média dont les caractéristiques techniques diffèrent des médias traditionnels, prête nécessairement à confusion. L'écueil réside dans le fait que notre droit de la communication, qui nous sert ici de référent, s'est construit sur des outils techniques issus d'un paradigme cartésien et mécaniste qui ne correspond plus du tout à celui de l'internet et du web, dont le fonctionnement se conceptualise davantage autour des récentes découvertes en neurobiologie¹⁵.

Le mode de communication prévu sur l'internet ne ressemble, en effet, à rien de ce que les médias traditionnels ont pu connaître à si grande échelle, à savoir la communication multidirectionnelle et l'interconnexion des contenus. Les médias antérieurs permettaient de communiquer d'une manière relativement linéaire : un point diffuse, plusieurs points reçoivent. L'internet et, surtout, l'interface web ont été conçus pour que chacune des ressources disponibles sur le réseau puisse être connectés avec une ou plusieurs autres, le but du jeu étant justement qu'aucune ressource mise à la disposition du public ne soit isolée des autres. Tim Berners-Lee – l'un des principaux inventeur du web – exposait ainsi que « *tout peut potentiellement [y] être connecté avec n'importe quoi* »¹⁶. D'évidence, le web a été imaginé sur le modèle du cerveau (les connexions interneuronales)¹⁷ et sur celui, plus immatériel, de l'esprit humain qui présente, pour notre inventeur, « *la capacité particulière de lier entre-elles des fractions aléatoires de données* »¹⁸.

¹² Strowel A. et Ide N., « 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/2_1.asp?dossier_id=41.

¹³ note de Pierre-Yves Gautier sous Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 1994, *Société Cable New Network et a. c/ société Novotel Paris-Les Halles* : D. 1994, jur., p. 452.

¹⁴ Trudel P. (Dr.), *Droit du cyberspace*, Les éditions Thémis, Montréal, 1997, p. 5-2.

¹⁵ Sur les changements de paradigmes, voir Khun T., *La structure des révolutions scientifiques*, Ed. Flammarion, coll. Champs, 1983.

¹⁶ Traduction de : « *The vision I have for the Web is about anything being potentially connected with anything* », Berners-Lee T. et al., *Weaving the Web - The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventor*, Harper San Francisco, 1999.

¹⁷ Voir par exemple, Changeux J.-P., *L'Homme neuronal*, Fayard, 1983.

¹⁸ Traduction de : « *the human mind has the special ability to link random bits of data* », Berners-Lee T. et al., *op. cit.*

Ainsi, plutôt que d'essayer « *d'adapter des chevilles carrées dans des trous ronds* »¹⁹, n'est-il pas plus sage d'accepter une certaine souplesse dans l'interprétation des textes existant afin de faire émerger des solutions qui conviennent aux intérêts légitimes de l'ensemble des utilisateurs, et non seulement de quelques uns, dans le respect du droit et du bon sens ?

Prenant en compte les particularités du web et les enjeux juridiques qui se sont révélés lors des débats, les réflexions du groupe de travail ont progressivement abouti au constat suivant : le lien peut être entendu, tantôt comme une technique participant naturellement à la communication des contenus mis en ligne et, partant, juridiquement neutre, tantôt comme un outil d'appropriation de contenus, d'exploitation des œuvres ou de pratiques déloyales. C'est donc la manière dont le lien est tissé, davantage que le lien lui-même, qui se situe au cœur du problème.

Le Forum des droits sur l'internet a ainsi décidé de faire référence, dans sa recommandation du 3 mars 2003²⁰, au principe d'une « liberté de lier dans le respect des droits des tiers ». Derrière cette formule se profile notamment l'idée que le droit de représentation n'est pas systématiquement mis en œuvre par l'hyperlien, loin s'en faut.

Le droit d'auteur ne trouvera à s'appliquer que lorsque le lien vise précisément un public différent par rapport au public général nécessairement attendu par celui qui met l'œuvre en ligne. Tel peut être le cas des liens profonds vers des fichiers apparaissant dans une page web (*in-line linking*) ou du *framing* (présentation d'une page liée au sein d'une fenêtre d'une page web) en ce sens qu'ils aboutissent à confondre directement – en un instant « t » bien défini – le public captée par le site liant avec celui qu'il dirige vers les œuvres liées. On ne peut présumer, en effet, que celui qui décide de placer son œuvre sur l'internet ait pu prévoir ce mode d'exploitation par un tiers. Aussi, le fait de modifier le mode d'exploitation de l'œuvre dicté par ce qui relève simplement du fonctionnement de l'internet semble imposer la nécessité de demander une autorisation préalablement à l'établissement d'un hyperlien.

Conclusion

La propriété littéraire et artistique a occupé une place importante dans les travaux du Forum des droits sur l'internet sur les hyperliens. Ce dernier n'en a pas moins procédé, afin de parvenir à une définition précise du statut des hyperliens, à l'analyse des autres branches du droit concernées : droit des bases de données, droit des marques, droit de la concurrence et concurrence déloyale.

La première partie de ses travaux s'est ponctuée, le 3 mars 2003, par la publication d'une recommandation à l'attention des créateurs de liens – entreprises ou particuliers –, des titulaires de sites et du juge. Celle-ci comprend notamment un code d'usage des hyperliens et une grille d'analyse des circonstances dans lesquelles tel ou tel droit risque d'être atteint par la création d'un ou plusieurs liens [[voir annexes](#)].

Un second rapport sur la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens établis vers des contenus illicites viendra compléter ces premiers travaux au mois de juin 2003.

L.T.

¹⁹ La formule est empruntée ici à Terri A. Cutera : Cutera T. A., « Computer Networks, Libel and the First Amendment », *Computer L.J.*, 11, 1992.

²⁰ Recommandation « Hyperlien : statut juridique », *Forum des droits sur l'internet*, 3 mars 2003, <<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>>.

ANNEXES

La recommandation intégrale du Forum des droits sur l'internet est consultable à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>.

I.- 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 visite¹. 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, comme l'ont 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).

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.

II.- 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.

A. Les risques d'atteintes à 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	

B. Les risques d'atteintes à 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 :

1) 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.

2) 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.

3) 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, vidéo...) 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**.

4) 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.

5) 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 parasitaires** et implique naturellement une atteinte au droit au respect de la **paternité** de l'œuvre.

6) 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 parasitaire**, 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 exploitants 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.

¹ 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* »).