



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

Rapport et Avis de l'ALAI sur **une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet***

[Groupe d'étude : Jan Rosén, Président ; Valérie-Laure Bénabou ; Stefania Ercolani ; Mihály Ficsor ; Jane Ginsburg ; Rudolf Leška ; Silke von Lewinski ; Antoon Quaedvlieg ; Sam Ricketson ; Jacqueline Seignette ; Martin Senftleben ; Pierre Sirinelli]

Lors des deux précédents rapports et avis de l'ALAI, respectivement du 15 septembre 2013 sur le droit de mise à disposition notamment dans le contexte des hyperliens, et du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » défini par la CJUE, l'ALAI voulait apporter des éclairages sur les droits de mise à disposition et de communication au public reconnus aux auteurs et aux titulaires de droits voisins et mettre en évidence les conflits avec le droit d'auteur international soulevés par le critère de « public nouveau ». L'ALAI est profondément attachée à l'application correcte des normes internationales en matière de droit d'auteur, mais souhaite également promouvoir des solutions réalistes aux questions complexes des utilisations sur Internet concernées par le droit d'auteur et les droits voisins.

Par conséquent, le Comité exécutif de l'ALAI a constitué en septembre 2014 un nouveau groupe d'étude chargé d'analyser ces questions et de présenter son rapport lors de la réunion de mars 2015 du Comité. Lors de cette réunion, le Groupe d'étude, avec des membres supplémentaires, a de nouveau été chargé d'examiner : l'établissement de liens en tant qu'acte de mise à disposition ; les moyens d'autoriser l'établissement de liens, notamment par l'octroi de licences collectives ; et les exceptions applicables à l'établissement de liens. Le groupe d'étude présente ci-après son opinion sur la manière dont on peut encourager de nouveaux moyens de communication sans vider ni épuiser les sources de création.

1. Une approche du droit d'auteur et des droits voisins dans l'environnement Internet à la fois nuancée et sensible aux enjeux économiques

Dans l'arrêt *Svensson*, la limitation/exclusion fondée sur le critère de « public nouveau » semble destinée à venir à la rescousse de l'« Internet ouvert ». Ce critère a permis à la CJUE de réaffirmer la portée large du droit de mise à disposition, qui s'étend à l'offre d'accès, tout en évitant la conséquence qui paraît résulter de l'application de ce droit aux actes d'établissement de liens et de cadres. Les hyperliens mettent effectivement à la disposition des internautes le contenu vers lequel ils pointent dès lors que le lien fait parvenir le contenu, généralement par le biais de l'URL de l'œuvre sur Internet, directement au public. La décision de la CJUE dans l'affaire *Svensson*, tout comme celle intervenue plus tard dans l'affaire *BestWater*¹, le confirme clairement.

Toutefois, l'ALAI, rappelant ses Rapports et Avis du 15 septembre 2013 et du 17 septembre 2014, propose une approche plus nuancée que celle de la CJUE.

* Adoptés par le Comité exécutif le 17 juin 2015

¹ Voir C-348/13, 21 octobre 2014, *BestWater International GmbH c/ Mebes et al.*

Elle estime que seule une solution nuancée peut fonctionner. La notion d'« hyperlien » recouvre une grande diversité de cas. Traiter toutes ces situations de la même manière reviendrait à nier leur diversité factuelle et juridique. D'un côté, il s'ensuit qu'il n'est pas possible de proposer des solutions pour toutes ces situations, ce que d'ailleurs n'a fait ni le rapport de l'ALAI du 15 septembre 2013 ni celui du 17 septembre 2014. Mais, d'un autre côté, on peut supposer sans trop de risque qu'il sera possible dans de nombreux cas de trouver des solutions dans le cadre actuel du droit d'auteur, et ce sans chambouler le système établi par les traités internationaux.

L'ALAI réaffirme son opinion selon laquelle les liens profonds et les liens de cadrage mettent à la disposition du public l'œuvre référencée et, en l'absence d'une exception ou d'une limitation, nécessiteraient par conséquent une autorisation. Ces liens offrent des œuvres au public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Ceux qui fournissent ces types de liens rendent possible l'affichage de l'œuvre directement sur l'écran de l'ordinateur ou de l'appareil de l'utilisateur ou le téléchargement de l'œuvre directement sur son ordinateur ou son appareil, et ce sans aucune autre intervention². En revanche, l'établissement d'un lien vers la page d'accueil d'un site internet hébergeant cette œuvre ne constitue pas elle-même une communication au public de l'œuvre puisque c'est la page d'accueil qui est communiquée et pas directement l'œuvre. Une autre intervention, sur le site hébergeur, est nécessaire avant que l'utilisateur n'accède à l'œuvre via le lien. Dans ce cas, il y a bien une communication au public, mais uniquement de la part du site auquel renvoie le lien et non pas également de la part du fournisseur du lien³.

L'ALAI réaffirme également son opinion selon laquelle le critère de « public nouveau », sur lequel la CJUE s'est appuyée pour conclure que la mise à disposition n'est pas une communication au public dès lors que la communication depuis le site internet d'origine est à la fois autorisée et non limitée par des mesures techniques, ne trouve aucun fondement dans la Convention de Berne ou dans n'importe quel autre accord international applicable en la matière. Mais l'ALAI estime qu'il est possible d'admettre certaines activités de lien qui sans cela porteraient atteinte au droit d'auteur, d'une part, grâce à la mise en place de mécanismes d'autorisation de ces activités, d'autre part, par l'application de diverses exceptions déjà prévues par la Convention de Berne et d'autres instruments internationaux.

² La récente décision de la CJUE relative à la portée du droit de distribution, C-516/13, *Dimensione Direct Sales c/ Knoll International*, 13 mai 2015, affirme également que l'offre de commettre un acte qui porterait atteinte au droit exclusif de distribution de l'auteur est réputée constituer elle-même un acte de distribution ; il n'est pas nécessaire que la copie change effectivement de main. (« Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il permet à un titulaire du droit exclusif de distribution d'une œuvre protégée de s'opposer à une offre de vente ou à une publicité ciblée concernant l'original ou une copie de cette œuvre, quand bien même il ne serait pas établi que cette publicité a donné lieu à l'acquisition de l'objet protégé par un acheteur de l'Union, pour autant que ladite publicité incite les consommateurs de l'État membre dans lequel ladite œuvre est protégée par le droit d'auteur à en faire l'acquisition. »)

³ Si le fournisseur du lien a connaissance du caractère contrefaisant du contenu de la page à laquelle renvoie son lien, il peut être indirectement responsable en tant que contrefacteur par fourniture de moyens mais pas directement responsable de la violation du droit de communication au public. Le présent rapport prend acte de la possibilité d'une responsabilité en application des théories de complicité de contrefaçon mais, compte tenu des grandes disparités entre les États membres de l'Union de Berne quant à l'existence et aux éléments de la responsabilité indirecte, il n'explore pas plus avant cette possibilité.

L'autorisation tacite (ou licence implicite) constitue une piste que l'ALAI a longuement étudiée mais qu'elle a fini par rejeter. En partie, cette approche n'offre pas de solution universelle du fait notamment des conceptions divergentes qu'ont les Etats membres de l'Union de Berne quant à l'existence ou aux conditions d'application des autorisations tacites. Surtout, l'ALAI estime préoccupant que l'autorisation se déduise non pas des choix effectués par l'auteur ou l'ayant droit mais bien des caractéristiques du site internet ou du moteur de recherche par l'intermédiaire duquel on accède à l'œuvre. Par exemple, si l'auteur met son œuvre sur un site qui se laisse référencer par des moteurs de recherche s'ensuit-il qu'il consent à n'importe quel mode d'accès puisqu'un moteur de recherche qui référence le site suit uniquement les instructions qui sont « tout ou rien »⁴ ? Il ne convient pas de laisser la détermination de l'autorisation aux concepteurs du code adopté par le service intermédiaire. L'opposabilité des droits de l'auteur ne doit pas dépendre de la question de savoir si l'auteur a observé des règles qui ont été écrites par des contrefacteurs potentiels.

Une approche fondée sur une autorisation tacite (licence implicite) risque d'aller trop loin pour une autre raison également : le fait pour un auteur d'autoriser expressément ou tacitement la mise à disposition de l'œuvre via un lien *depuis un site déterminé* (même s'il est librement accessible) ne justifie pas d'en déduire son consentement à l'établissement de liens depuis *n'importe quel* site tiers. Si le site de l'auteur comportait de la publicité, par exemple, on pourrait en déduire qu'il aimerait diriger du trafic vers son site, y compris au moyen de liens fournis par des tiers, dans l'espoir qu'un public plus large clique sur les publicités présentes sur le site, avec pour conséquence d'augmenter ses revenus. En revanche, les mêmes faits laissent fortement supposer que l'auteur ne consentirait pas à l'établissement de liens de cadrage qui entoureraient son contenu de publicités sur le site du cadreur, avec pour conséquence d'enrichir ce dernier au détriment de l'auteur. Or, si le fait même de mettre le contenu en ligne sur le site suffit, en l'absence de restrictions expresses ou technologiques, pour permettre d'en déduire l'autorisation d'établir des liens profonds ou de cadrage, la solution de l'autorisation tacite l'emporterait même sur des indices allant dans le sens contraire et permettant de déduire que l'autorisation n'a pas été accordée.

Les dangers qu'il y a à conclure à l'autorisation à partir d'inférences générales deviennent encore plus évidents lorsqu'on reconnaît que les revenus tirés de la publicité ont acquis aujourd'hui un rôle différent de celui qu'ils tenaient dans l'économie traditionnelle. En particulier sur Internet, ils sont devenus la principale voire souvent la seule source de revenus. Ce constat jette une autre lumière sur les décisions *Svensson/BestWater*, qui procèdent encore d'une perception traditionnelle du mode de fonctionnement de l'économie du droit d'auteur.

2. Autorisation expresse

Même si l'ALAI s'inquiète d'une éventuelle implication excessive des autorisations de procéder à l'établissement des diverses formes de liens, il existe bien les moyens juridiques et techniques pour mettre en œuvre des autorisations *expresses*. Si d'aucuns affirment que le consentement tacite à la libre fourniture de liens de toutes sortes constitue la situation par défaut, c'est parce que les fournisseurs de liens et les moteurs de recherche ont œuvré pour qu'il en soit ainsi, en partie en refusant de prévoir ou de respecter des solutions autres que l'accessibilité des

⁴ Voir, notamment, Valérie-Laure Benabou, Joëlle Farchy, Cécile Méadel, Josée-Anne Benazeraf, *Le référencement des œuvres sur Internet, Rapport du CSPLA 91-94* (2013) (critiquant les solutions d'*opt-out* imposées par les fournisseurs de services selon une logique de tout ou rien).

sites web selon une logique de tout ou rien. Mais ces autres solutions existent bien et il conviendrait de les développer davantage.

L'exigence de « public nouveau » dans l'arrêt *Svensson*, si elle est interprétée comme condition préalable pour considérer qu'un acte constitue une « communication au public », est, comme déjà indiqué par l'ALAI, non seulement en contradiction avec la portée du droit minimum reconnu par le droit international, mais risque également d'être en conflit avec les dispositions contractuelles déjà prévues pour l'exploitation des œuvres sur internet et de limiter sérieusement et de façon injustifiée la liberté contractuelle des titulaires de droits. Il est en effet de pratique courante que les licences d'exploitation des différents genres d'œuvres contiennent des clauses définissant le public « ciblé » ou le mode de diffusion des œuvres. A cet égard, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que la directive 2001/29/CE, en son article 9 intitulé « *Maintien d'autres dispositions* », énonce expressément que les dispositions de cette directive « n'affecte pas les dispositions concernant [...] le droit des contrats ». Et les contrats, notamment sous forme de licences collectives, peuvent constituer un moyen efficace d'octroyer une autorisation expresse.

a. Licences collectives

Les licences collectives peuvent offrir un moyen de concilier les droits exclusifs de l'auteur avec certaines pratiques de cadrage et de pose de liens profonds. Dans le cas de certaines catégories d'œuvres, les organismes de gestion collective proposent des licences applicables aux communications au public effectuées par les utilisateurs commerciaux. Ces licences précisent qu'un simple hyperlien pointant vers un autre site internet ne relève pas du droit exclusif de communication au public (et ne nécessite donc aucune autorisation), tandis que les transclusions (liens profonds) et les liens de cadrage sont soumis à des dispositions particulières. Le dispositif contractuel peut varier selon les systèmes de licence et les circonstances factuelles, mais, en ce qui concerne la gestion collective, il existe un cadre contractuel permettant de contrôler les liens et les cadrages.

A titre d'exemple, dans les accords de licence collective relatifs à YouTube, Google prévoit des clauses particulières concernant l'intégration de vidéos YouTube sur des sites internet tiers. Ces clauses visent en particulier la situation où le site tiers perçoit des recettes publicitaires provenant d'autres sources, auquel cas il faut une licence distincte en plus de l'autorisation d'intégration obtenue par YouTube.

D'une part, ces solutions contractuelles évitent le risque d'un détournement déloyal des recettes publicitaires (souligné plus haut dans la partie sur les autorisations tacites). D'autre part, elles permettent au titulaire du droit d'auteur de déterminer l'étendue de la licence en conformité avec le droit international et donc sans recours à la notion de « public nouveau ».

b. Instructions intégrées sur le site internet

Les sites sources et les auteurs qui mettent en ligne leurs œuvres sur ces sites seront peut-être contents de faire l'objet d'hyperliens qui dirigent des utilisateurs vers leur page d'accueil (lesquels, comme l'ALAI l'a déjà avancé, ne mettent pas en jeu de toute façon le droit de mise à disposition), tout en étant peu disposés à admettre des pratiques d'établissement de liens du type de celles qui privent le site source de l'avantage économique tiré de l'accès des utilisateurs

à son contenu ou qui suppriment ou cachent la mention du nom de l'auteur. Mais, selon les pratiques actuelles, il s'avère trop souvent que l'auteur a le choix entre bloquer tous les liens en appliquant le protocole d'exclusion des robots, robots.txt, et accepter tous les liens ; l'auteur ne peut pas limiter son autorisation aux seuls hyperliens renvoyant à sa page d'accueil. Mais il existe d'autres possibilités, dont le protocole d'accès automatisé au contenu (ACAP – Automated Content Access Protocol) qui permettrait aux auteurs d'autoriser ou d'interdire divers types de liens mais avec lequel les moteurs de recherche ne coopèrent pas actuellement. Si les autorités judiciaires ou législatives suivaient l'avis de l'ALAI selon lequel les liens profonds et de cadrage nécessitent une autorisation expresse (en l'absence d'une exception qui leur soit applicable), on poursuivrait sans doute le développement et la mise en œuvre de moyens techniques qui permettraient de donner un consentement exprès.

3. Exceptions aux droits de communication au public et de mise à la disposition du public

Il ne s'ensuit pas pour autant que chaque lien profond ou de cadrage porte forcément atteinte au droit d'auteur, à défaut d'autorisation de l'ayant droit. Comme c'est le cas de tous les droits exclusifs, la mise à disposition au moyen de liens demeure subordonnée à l'autorisation prévue par la loi. Il est possible que de nombreux cas d'établissement de liens soient susceptibles de bénéficier des exceptions énoncées à l'article 5.3 de la directive sur la société de l'information et d'entrer dans le champ des exceptions prévues par la Convention de Berne, exceptions qui sont également applicables en vertu du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT).

a. Mise à disposition par la presse

L'une des dispositions de l'article 5.3 de la directive mérite d'être mentionnée tout particulièrement, à savoir celle qui figure dans la première partie du paragraphe c), conformément à l'article 10*bis*.1) de la Convention de Berne, et qui a la teneur suivante :

3. Les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 [sur le droit de reproduction] et 3 [sur le droit de communication au public y compris la mise à la disposition du public] dans les cas suivants :

c) lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée,...

La disposition de la directive de l'UE est rédigée en des termes un peu plus larges que l'exception prévue par l'article 10*bis*.1) de la Convention de Berne qui vise :

la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, *publiés dans des journaux ou recueils périodiques*, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. Toutefois, la source doit toujours être clairement indiquée; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée. (Italiques ajoutés.)

Cette disposition est pertinente du point de vue des questions examinées dans le présent rapport et avis pour deux raisons.

Premièrement, elle est pertinente dans la mesure où elle autorise la libre utilisation par la presse d'une large catégorie d'œuvres, publiées par d'autres organes de presse, qui, du fait de leur caractère se rapportant à des questions politiques, économiques ou religieuses, sont souvent utilisées, dans leur version électronique, via des hyperliens⁵. Et effectivement, les œuvres protégées en cause dans l'affaire *Svensson* – c'est-à-dire des articles rédigés par des journalistes suédois et publiés sur le site d'un journal suédois – auraient pu dans certaines circonstances relever de l'exception.

Deuxièmement, elle est également pertinente puisque, dans les cas visés par cette disposition, l'absence de réserve expresse a pour conséquence une libre utilisation. D'un côté, une telle absence de réserve peut être regardée comme une forme particulière – fiction juridique – d'autorisation tacite mais, d'un autre côté, la réserve, en ce qu'elle constitue une condition de l'application ultérieure des droits concernés, constitue une sorte de formalité qui – dans ce cas – a été explicitement et strictement autorisée par la Convention de Berne elle-même, et ce malgré l'interdiction générale des formalités prévue en son article 5.2)⁶.

⁵ Deux questions de définition se posent. D'une part, les sites internet sources sont-ils des « journaux ou recueils périodiques » ou des « œuvres radiodiffusées » ? D'autre part, la diffusion du contenu sur le site source (lorsqu'aucune version imprimée ne l'accompagne) signifierait-elle que le contenu est « publié » aux fins de l'exception de l'article 10*bis*.1) ? En ce qui concerne la première question Sam Ricketson et Jane Ginsburg font à ce propos l'observation suivante : « Au final, il semble appartenir aux législations nationales de déterminer ce qu'englobe la notion de "journaux ou recueils périodiques" et si cette notion s'étend à des versions électroniques mises à disposition en ligne. Mais rien dans l'article 10*bis*.1) n'exclut une telle extension. » Voir S. Ricketson & J. Ginsburg, « International Copyright and Neighboring Rights – The Berne Convention and Beyond », Oxford University Press, 2006, p. 801.

S'agissant de la deuxième question et comme l'indique le rapport de l'ALAI du 14 janvier 2012 sur la *Détermination du pays d'origine lorsqu'une œuvre est divulguée publiquement pour la première fois sur Internet*, où l'ALAI estime que les œuvres divulguées uniquement sur des sites internet ne sont pas des « œuvres publiées » pour ce qui concerne la détermination du pays d'origine de l'œuvre dans le cadre de l'article 3.3) de la Convention de Berne,

Il importe à cet égard de souligner qu'une œuvre qui, sans être techniquement « publiée », a été divulguée et rendue accessible au public avec le consentement de l'auteur serait, du fait de sa divulgation, soumise aux exceptions au droit d'auteur permises dans les pays de l'Union par l'article 10.1) de la Convention. Autrement dit, la « publication » (spécialement dans le contexte de la première publication) est un terme technique qui entraîne des conséquences particulières dans le cadre de la Convention de Berne. Au sens de la Convention, il convient d'employer ce terme avec précision, en évitant de lui donner la signification plus courante de « divulgation publique ».

Le fait que l'article 10*bis*.1) inclut les « œuvres radiodiffusées » parmi les œuvres qui font l'objet de l'exception pour les articles de presse renforce la conclusion qu'il n'est pas nécessaire que les œuvres aient été « publiées » au sens strict exigé pour l'application du point de rattachement constitué par le pays d'origine ; l'exception vise plutôt certains types d'œuvres qui ont déjà été communiqués par divers organes de presse.

⁶ Le nouveau Guide de la Convention de Berne le constate de la manière suivante : « Il va sans dire que ce point n'est qu'une question de forme, la seule exception mineure et, étant donné la nature de ces œuvres ayant trait à l'information, tout à fait compréhensible, au principe de protection sans qu'il soit nécessaire de s'acquitter de formalités. (Comme on peut le constater en regardant ses origines dans le tout premier Acte de la Convention, cette exception a été adoptée à un moment où la Convention acceptait certaines formalités). » Voir « Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI », Publication de l'OMPI N° 891 (F), 2003, p. 58. Jørgen Blomqvist partage le même avis concernant l'article 10*bis*.1) de la Convention de Berne : « On trouve dans cette disposition ... un reste des formalités qui servaient jadis de condition de protection, dans la mesure où l'application de la limitation peut être écartée si le droit est expressément réservé. » Voir J. Blomqvist, « Primer on International Copyright and Related Rights », Edward Elgar, 2014, p. 163.

Reste que dans la mesure où cette exception bénéficie à « la presse », les conditions d'éligibilité ne seront pas remplies par tous les intermédiaires qui établissent des liens. Par exemple, il n'est pas certain que chaque agrégateur de nouvelles ou chaque blogueur puisse être réputé être « la presse », surtout si l'agrégateur ne fournit aucun contenu indépendant.

b. Citations

Une autre exception bien établie pouvant a priori jouer un rôle dans le contexte des hyperliens est l'exception de citation prévue par l'article 10.1) de la Convention de Berne et par l'article 5.3.d) de la directive sur la société de l'information. Mais son incidence est considérablement limitée par les nombreuses conditions d'application de cette disposition.

Une première question qui se pose à cet égard est de savoir si un lien profond établi vers une œuvre intégrale ou un cadre autour d'une œuvre intégrale peut être une « citation », étant donné qu'il s'agit d'un acte de communication et sans doute pas de reproduction et qu'est communiquée de toute façon l'ensemble de l'œuvre et pas uniquement une partie celle-ci⁷. Selon l'article 10.1) sont autorisées les « citations *tirées* d'une œuvre » et non les citations « d'une œuvre » : le mot « tirées » semble indiquer la communication partielle et non intégrale du contenu de l'œuvre⁸. En revanche, puisque le sens ordinaire de la notion de « citation » sous-entend que ce qui est cité est moins que la totalité de l'œuvre, on peut soutenir que le fait d'avoir rejeté l'adjectif restrictif « courtes » avant le mot « citations » lors de la conférence de révision de Stockholm de la Convention de Berne laisse de la place pour des œuvres intégrales dans certains cas exceptionnels⁹.

La disposition de l'article 10.1) relative à l'exception de citation soulève une autre question : est-il nécessaire qu'il y ait une finalité d'illustration ou de traitement de l'œuvre citée dans la propre analyse ou critique de l'utilisateur (dite « œuvre citante » par les autorités françaises, avec pour conséquence que la citation doit faire partie d'une œuvre à part entière) ou suffit-il de reproduire ou de communiquer l'œuvre citée ? Par exemple, les agrégateurs de liens identifient souvent l'œuvre source ciblée par le lien sans pour autant mener un examen ou une analyse du contenu de l'œuvre ciblée. Le texte de l'art. 10.1), en exigeant que la citation ne dépasse pas « la mesure justifiée par le but à atteindre », tient peut-être pour acquis que la citation *a bien* un but autre que la simple répétition de l'œuvre référencée. La phrase qui suit – « y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse » - renforce cette conclusion parce qu'une « revue de presse » dans la version française qui fait foi [« press summary » dans la version anglaise]¹⁰ n'est pas une simple suite d'extraits de journaux et de périodiques, mais suppose au contraire un choix thématique et une comparaison des extraits¹¹. On vise évidemment ici une seule hypothèse de citation et il peut y

⁷ Comp. art. 10*bis*.1) de la Convention de Berne où la reproduction ou la communication de l'œuvre entière est clairement permise.

⁸ Le texte français conduit encore plus clairement à cette conclusion que le texte anglais : « quotations from a work ». Une traduction plus précise de l'expression « citations tirées d'une œuvre » serait « quotations drawn from a work ».

⁹ Voir Ricketson & Ginsburg, par. 13.42.

¹⁰ Selon l'article 37 de la Convention de Berne, si la version française et la version anglaise ont un sens différent, c'est la version française qui fait foi.

¹¹ Voir Ricketson & Ginsburg, par. 13.41 : « Une 'revue de presse' n'est pas vraiment un résumé d'un article paraissant dans un journal ; il s'agit plutôt d'un ensemble de citations tirées d'un éventail de journaux et de

avoir d'autres citations de type plus traditionnel où une partie de l'œuvre est citée dans le cadre d'une critique ou d'un examen distinct, par le second auteur, du thème particulier traité.

En admettant que ces questions de seuil soient résolues en faveur de l'applicabilité de l'exception (ce qui, comme indiqué ci-dessus, soulève de sérieux doutes), les termes de l'article peuvent donner lieu à d'autres considérations :

1) Sont licites les citations tirées d'une œuvre, *déjà rendue licitement accessible au public*, à condition qu'elles soient *conformes aux bons usages* et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.

.....

3) Les citations et utilisations visées aux alinéas précédents *devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source*.

« *déjà rendue licitement accessible au public* » : l'auteur doit avoir déjà autorisé la divulgation de l'œuvre que ce soit sur un site internet ou par d'autres moyens de diffusion. Si la source numérique où l'œuvre a été mise n'est pas accessible au public – par exemple, si l'accès est restreint à la famille de l'auteur – l'œuvre n'aura pas été déjà rendue licitement accessible au public.

« *devront faire mention de la source* » : ces termes permettent de distinguer l'activité de lier de l'activité de cadrer. Si le cadre cache les informations qui identifient la source sur le site d'origine, la « citation » (si c'en est une) n'indique plus la source et ne peut donc pas bénéficier de l'exception.

« *conformes aux bons usages* » : cette condition permet de faire la distinction entre, d'une part, les liens/cadres qui notamment ont pour effet de priver le site source de revenus publicitaires et d'autre part, les liens qui, tout en renvoyant l'internaute directement à l'œuvre, conservent les mentions et le mode de rémunération prévus par le site source. Par exemple, lorsque le lien ne tire aucun avantage économique du lien (par exemple en ne remplaçant pas les publicités sur le site source par les siennes) et lorsqu'il ne cache pas la mention de l'auteur de l'œuvre, un lien renvoyant l'utilisateur directement au contenu qui fait l'objet de l'analyse du lien ou que celui-ci a cité à l'appui d'une proposition avancée dans son texte sera probablement conforme aux bons usages.

4. Nouvelles exceptions ou limitations éventuelles dans le cadre du traité WCT en faveur des mesures d'établissement de liens ?

Dans ce contexte, on peut faire observer que les parties contractantes au traité WCT sont, du moins en principe, libres en vertu de ce traité de développer de nouvelles exceptions ou limitations visant l'environnement numérique et partant l'utilisation d'hyperliens. On peut soutenir qu'une telle solution est conforme à la déclaration commune concernant l'article 10 WCT.

La déclaration commune concernant l'article 10 WCT a la teneur suivante :

périodiques et portant toutes sur un même sujet, avec pour objet d'illustrer la manière dont les différentes publications rendent compte de la même question ou s'expriment sur cette question. »

Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques.

Mais une telle exception ou limitation doit évidemment tenir compte du test des trois étapes et être conçue en conformité avec ce test (ce qui découle de l'article 10 WCT). Le test des trois étapes permet de garantir que les exceptions et limitations prévues par les législations nationales ne sont appliquées que i) dans certains cas spéciaux, ii) qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet, iii) ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit (« auteur » à l'article 9.2) de la Convention de Berne). Les exceptions interprétées ou conçues pour intégrer l'utilisation de liens doivent régler, dans le cadre du test des trois étapes, au moins les questions suivantes :

1. L'insertion d'hyperliens peut-elle être un « certain cas spécial » ? Cette question doit être abordée d'autant que c'est somme toute la généralisation de la pratique de liens qui sous-tend l'application par la CJUE du critère de « public nouveau ». S'il est peut-être possible quand même de satisfaire à la condition de cette première étape, la formule appelle à la prudence, ainsi qu'à des distinctions fondées sur les différents types de liens (hyperliens, liens profonds, transclusion, liens de cadrage) et sur la manière dont ils fonctionnent dans chaque cas.

2. De la même manière, pour les raisons exposées précédemment dans le présent rapport et avis, le critère d'« exploitation normale » appelle peut-être à distinguer entre les différents types de liens, selon leur incidence économique. Les liens qui privent l'auteur de possibilités de revenus risquent de porter atteinte à « l'exploitation normale » de l'œuvre par son auteur, surtout dans un environnement où la publicité fournit une importante source de rémunération.

3. Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que le test des trois étapes pourrait jouer un rôle de recherche d'équilibre de par son examen de la question de savoir si le lien causerait « un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit », dont notamment les intérêts moraux, quand bien même – du fait des éventuels effets économiques positifs que pourrait entraîner un plus grand nombre de cliques renvoyant au site source – le lien ne porterait pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

Il risque d'être difficile de définir les contours qu'il conviendrait de donner à une nouvelle exception de ce genre, dans la mesure où elle reposerait sans doute sur des faits précis. Mais les législateurs peuvent prévoir notamment les fins pour lesquelles il est estimé que l'établissement de liens doit faire l'objet d'une exception ou d'une limitation, telles que les comptes rendus d'événements d'actualité ou l'enseignement, et indiquer d'autres critères (notamment en ce qui concerne le préjudice injustifié) devant alors être appliqués par les juges aux circonstances particulières de chaque espèce. Le juge, plutôt que le législateur, serait peut-être alors mieux armé pour évaluer l'impact économique et tout autre préjudice potentiellement injustifié pouvant découler de certaines pratiques d'établissement de liens. Le législateur pourrait donc se borner à fixer un cadre général pour situer le travail des juges.

5. Synthèse

En prenant comme point de départ les Rapports et Avis de l'ALAI du 15 septembre 2013 et du 17 septembre 2014, on peut donc conclure que des nouveaux moyens de communication peuvent être encouragés dans le cadre des actuelles normes internationales de protection du droit d'auteur. A la lumière des critiques formulées précédemment à l'égard des critères de « public nouveau », de « modes techniques spécifiques » et d'« accès restreint » de la CJUE, l'ALAI estime qu'une application correcte du droit de communication au public prévu par la Convention de Berne, l'accord sur les ADPIC et les traités WCT et WPPT peut intégrer une assez large possibilité à la fois de libre utilisation de certains types de liens (et effectivement les liens simples pointant vers la page d'accueil sont libres de toute façon) et d'utilisation autorisée (par l'auteur) des liens profonds et de cadrage en général.

Ces buts peuvent être atteints en conjuguant le développement de divers moyens d'autorisation expresse des liens profonds ou de cadrage, y compris par les organismes de gestion collective, avec l'application aux liens profonds des différentes exceptions et limitations pertinentes prévues par les traités internationaux et les directives de l'UE. Peuvent constituer des exceptions pertinentes celles permises par l'article 10*bis*.1) de la Convention de Berne et par l'article 5.3.c) de la directive sur la société de l'information, qui autorisent exceptionnellement la libre utilisation par la presse d'œuvres publiées ou radiodiffusées par la presse sur des thèmes d'actualité à caractère politique, économique ou religieux, d'une part, et éventuellement (dans la mesure où les doutes exposés plus haut auraient été éliminés) par l'article 10.1) de la Convention de Berne et l'article 5.3.d) de la directive sur la société de l'information, d'autre part, ainsi que, potentiellement, certaines exceptions soigneusement conçues en conformité avec le test des trois étapes.
