



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

RAPPORT et AVIS

relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet

ADOPTES A L'UNANIMITE PAR LE COMITE EXECUTIF LE 16 SEPTEMBRE 2013

Synthèse

Le droit exclusif de « mise à disposition » prévu par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et par la Directive de l'UE qui met en œuvre ce Traité couvre l'acte d'*offrir* au public une œuvre en vue de la diffusion en flux ou du téléchargement individualisé ; par ailleurs, la transmission même d'une œuvre au public, lorsqu'elle a lieu, est également couverte, indépendamment dans les deux cas du moyen technique employé pour la mettre à disposition. En substance, ce qui importe c'est que l'acte : (i) soit accompli par une personne, (ii) ait directement ou indirectement l'effet de s'adresser au public, quel que soit l'outil employé par cette personne, et (iii) concerne des œuvres ou objets protégés par le droit d'auteur ou des droits voisins.

Ces constatations, appliquées aux hyperliens, mènent aux conclusions suivantes : (i) le droit de mise à disposition couvre les liens qui permettent au public d'accéder à des œuvres ou objets protégés déterminés ; (ii) le droit de mise à disposition ne couvre pas les liens qui ne font que *renvoyer* vers une source à partir de laquelle il sera éventuellement possible d'accéder à une œuvre par la suite.

Il est indifférent que le lien conduise l'utilisateur à un contenu particulier sur un site tiers ou que le site qui établit le lien conserve un cadre autour du contenu de telle sorte que l'utilisateur ne sait pas qu'il accède au contenu d'un site tiers.

Il est également indifférent à l'égard de l'acte d'offrir un accès que l'œuvre mise à disposition au moyen du lien soit elle-même contrefaisante : c'est *l'acte* d'offrir qui déclenche le droit de mise à disposition et cet acte reste le même quel que soit le statut, au regard du droit d'auteur, de l'œuvre mise à disposition.

Il n'y a évidemment aucune *atteinte* portée au droit de « mise à disposition » lorsqu'est respectée la décision du titulaire de droits quant à savoir si et sous quelles conditions le contenu ciblé sera mis à disposition sur Internet. Par contre, il s'ensuit notamment que l'établissement d'un lien vers un contenu ciblé porte atteinte au droit de « mise à disposition » : (i) si le contenu est mis à disposition initialement sans le consentement du titulaire de droits ou (ii) si des mesures techniques de protection ont été contournées ou (iii) si la disponibilité du contenu, même s'il a été diffusé initialement sur Internet avec son consentement, va d'une autre manière à l'encontre de la volonté déclarée ou clairement implicite du titulaire de droits.

Par conséquent, il ne convient pas que soit instaurée par la jurisprudence une *présomption générale* du consentement du titulaire de droits à de *nouveaux actes de communication* au

public d'un contenu initialement mis en ligne sur Internet avec son consentement, car cela reviendrait à mettre en place une limitation ou exception au droit, alors que l'intervention du législateur est nécessaire pour instituer des exceptions générales au champ d'application du droit de « mise à disposition ». Cette conclusion n'exclut pas qu'un tribunal puisse être enclin à déduire son consentement à l'établissement du lien à la lumière des circonstances particulière de l'affaire.

Rapport et Avis

L'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) avait, le 9 mars 2013 lors de la réunion de son Comité exécutif, décidé de constituer un Groupe d'étude ayant pour mandat d'analyser les conséquences de la création de liens au regard des droits de communication au public et de mise à la disposition du public reconnus aux auteurs et aux titulaires de droits voisins. Il existe plusieurs types de liens ou de manières d'établir des liens, mais on retiendra essentiellement ici deux grandes catégories, les *liens hypertextes* et les *liens automatiques* (« inline links »), incluant donc les liens simples, les liens profonds, le cadrage, etc.

Le Comité exécutif a adopté le texte ci-après présentant les résultats des travaux du Groupe d'étude. A cette fin sont d'abord analysés trois phénomènes distincts : (i) la communication au public, (ii) la mise à la disposition du public, et (iii) la notion de public. Cette analyse est suivie d'une déclaration/conclusion (iv) portant plus particulièrement sur les liens hypertextes et les liens automatiques.

(i) Communication au public

Les législations nationales diffèrent dans leur définition des droits patrimoniaux des auteurs comme dans leur définition des droits voisins. Les unes appliquent des notions plus larges ou plus abstraites, telles que celles de « reproduction », de « mise à disposition » ou de « communication au public » ; les autres prévoient au contraire des définitions précises, propres à tel ou tel mode de diffusion, des actes soumis à restrictions, comme la radiodiffusion, la présentation ou l'exécution publique, actes qui, d'une façon ou d'une autre, portent des œuvres protégées à la connaissance du public d'une manière relevant des droits exclusifs de l'auteur. Par ailleurs, certains pays en sont venus à élargir la portée des définitions propres à certains modes de diffusion, tels que l'exécution, avec pour résultat que le champ de la définition est bien plus large que sa signification sémantique.

Les normes minimales prévues par la Convention de Berne (CB) penchent vers la deuxième approche et énumèrent des droits distincts : les droits *de représentation ou d'exécution publique, de récitation publique, de communication au public et de radiodiffusion*, y compris la rediffusion et la distribution par câble.¹

Le droit spécifique *de communication au public de l'œuvre* (selon la formulation en français) précisé par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 (Traité WCT) recoupe et généralise les garanties de la CB.

L'article 8 du Traité WCT prévoit que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser *toute communication au public* de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la *mise à la disposition du public* de leurs œuvres de manière que chacun puisse y

¹ Voir les articles 11, 11*bis* et 11*ter* de l'acte de Paris de la Convention de Berne. La règle du traitement national assure toute l'étendue de ces droits. Voir l'art. 5.2) et l'art. 19.

avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. La première partie de ce texte étend à toutes les catégories d'œuvres le champ de l'acte de Paris de la CB qui, lui, est limité à certaines catégories d'œuvres.² Dans la deuxième partie de cette disposition est reconnu un droit de contrôler les utilisations interactives et individualisées d'œuvres protégées.³ Le droit de mise à disposition couvre toutes les formes d'accès à la demande, qu'il en résulte une copie à conserver ou non. Ainsi, il importe peu qu'on accède à l'œuvre via un « flux » en temps réel ou via la transmission à son ordinateur ou à un autre appareil d'une copie numérique qu'on « ouvre » ensuite pour voir ou écouter l'œuvre. Par ailleurs, la « mise à disposition » prévue par l'article 8 du Traité WCT couvre non seulement la transmission même de l'œuvre au public mais surtout l'acte qui consiste à *offrir* l'œuvre au public en vue de la diffusion en flux ou du téléchargement individualisé, sans être limitée à la simple réception du flux ou du téléchargement.

L'article 8 du Traité WCT doit donc englober tout acte qui rend l'œuvre perceptible à un public⁴ autrement que par la distribution ou la présentation de copies matérielles ; c'est-à-dire qu'il n'est pas limité à des personnes précises appartenant à un groupe privé. En outre, la formulation de l'article 8 du Traité WCT est clairement indépendante de toute mesure technique particulière ou de tout procédé permettant d'accomplir la communication.⁵ On rappellera cependant que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au sens de la phrase de l'article 8 du Traité WCT.⁶

Tout comme le Traité WCT, la Directive européenne 2001/29/CE sur la société de l'information⁷ considère le droit de mise à la disposition du public comme une composante d'un droit de communication au public plus général. Le droit de mise à disposition est limité aux modes d'utilisation interactifs, de mise à disposition à la demande. Ce droit s'applique dès lors que l'œuvre est rendue accessible au public, indépendamment de la question de savoir si l'on y accède effectivement et selon quelle fréquence. A titre d'exemples on peut citer l'offre de téléchargement ou de diffusion en flux de l'œuvre à partir d'une boutique en ligne ou d'une chaîne de télévision payante à la carte, mais également l'offre – ou l'échange – de fichiers vidéo ou musicaux via un réseau d'échange de fichiers *peer-to-peer*. Ainsi, le droit de communication au public, selon la Directive 2001/29, comprend la mise à disposition en ligne, soit une activité qui suppose un rôle actif de la part du communicateur de même qu'une activité potentielle de la part du consommateur.

Des différences de terminologie évidentes existent au niveau des traités multinationaux en matière de droit d'auteur et des autres instruments juridiques internationaux ou régionaux dans les domaines du droit d'auteur et des droits voisins. Mais si l'on regarde par exemple les articles 11, 11*bis* et 11*ter* de l'acte de Paris de la CB – visant la radiodiffusion et la retransmission par câble – il faut reconnaître qu'ils ont fourni un cadre adéquat aux

² Voir *von Lewinski*, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, p. 148, n° 5.138 et p. 468, n° 17.107.

³ Voir *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford 2006, 2^e éd., p. 152, n° 4.25 ; *Goldstein/Hugenholtz*, *International Copyright. Principles, Law, and Practise*, 3^e éd., Oxford 2013, p. 325.

⁴ Voir sous (iii) *infra*, à propos de la notion de « public ».

⁵ Cf. Actes de la Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, Genève 1996, v. 1 (Genève : OMPI, 1999) 206, p. 12. Cf. également *Ficsor*, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford Press, 2002, 2.02-2.11.

⁶ Voir la déclaration commune concernant l'article 8 du traité WCT ; *Ficsor*, *ibid.*, 2.31-2.33. Cf. Directive 2001/29/CE, considérant 27.

⁷ 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.

utilisations effectuées dans le contexte de la plupart des technologies modernes. La question qui importe dans la CB est de savoir non pas si telle ou telle utilisation constitue, par exemple, une représentation ou exécution, mais si elle est *publique*, c'est-à-dire si l'activité impliquant des œuvres protégées s'adresse à un public potentiel. Cette question sera développée davantage ci-après sous (iii).

On constatera également qu'il suffit, pour qu'un acte relève par exemple du droit de radiodiffusion, que soient émis des signaux porteurs d'œuvres. Il est indifférent qu'ils soient ou non reçus. Ainsi, même si aucun membre du public ne voit ou n'entend le contenu du signal, il n'en constituera pas moins une radiodiffusion, c'est-à-dire un acte qui est considéré en soi comme s'adressant au grand public.

Le dénominateur commun est que les utilisations d'œuvres protégées peuvent relever du droit d'auteur quel que soit le caractère technologique des dispositifs employés pour permettre les actes de communication, de mise à disposition, de représentation ou d'exécution, etc. Par principe, les différents droits reconnus aux auteurs sont donc *technologiquement neutres*.⁸

(ii) Mise à la disposition du public

Comme déjà indiqué, il existe des différences de terminologie dans les législations nationales et dans les traités internationaux, les directives de l'UE, etc. pour qualifier les diverses formes d'utilisation d'œuvres protégées relevant du droit d'auteur. S'agissant de la mise à la disposition du public d'œuvres, cette même formulation est parfois employée par la législation nationale pour englober presque tous les actes qui permettent au public d'entrer en contact avec des œuvres protégées, indépendamment de la manière dont cette mise en contact se fait et comprenant donc les droits de distribution et de présentation. Cette circonstance met encore en évidence la neutralité technologique de l'utilisation particulière visée par le droit d'auteur. Mais elle signifie également qu'il convient, lorsque sont employés les termes « mise à la disposition du public », « communication au public », « radiodiffusion » et « représentation » ou « exécution », de préciser s'ils sont employés au sens de la législation nationale ou de tel ou tel instrument international.

Cette approche met en exergue un but fondamental du droit d'auteur moderne, qui veut qu'il soit indépendant de la dynamique de l'évolution technique dans un environnement de moyens de diffusion dynamique et changeant. Ainsi la définition des droits exclusifs consacrés par la loi vise à englober de manière générale chaque type d'utilisation d'œuvres revêtant une certaine importance économique tout en assurant un équilibre par la reconnaissance d'exceptions et de limitations en faveur de certains besoins culturels et sociétaux significatifs. Là encore, la technique de la neutralité est assez évidente dans la définition par la CB du droit de reproduction et, en vertu du Traité WCT, du droit de communication au public.

Par exemple, la loi suédoise sur le droit d'auteur, comme les lois sur le droit d'auteur des autres pays nordiques, prévoit un *droit de mise à la disposition du public à caractère général* qui englobe la communication au public, la représentation, exécution ou présentation publique et la distribution.

⁸ Il est évident que la CB prévoit des droits fragmentés, lesquels ne sont pas en ce sens technologiquement neutres, et il ne semble pas toujours possible de déterminer clairement s'il pourrait y avoir ou non des lacunes entre les différents modes permettant de rendre public des œuvres. Mais l'accroissement historique dans la CB de droits (et d'exceptions) propres à certaines techniques ne saurait, surtout à la lumière du Traité WCT, être considérée comme faisant obstacle à ce que l'on puisse affirmer aujourd'hui que les différents droits des auteurs sont technologiquement neutres.

Par ailleurs, la loi allemande sur le droit d'auteur couvre plusieurs catégories définies de conduite dans le cadre d'un droit large de *communication* au public (« Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ») sous une forme immatérielle : le droit de récitation, de représentation, d'exécution et de présentation ; le droit de radiodiffusion, le droit de communication au moyen d'enregistrements vidéo ou audio ; et le droit de communication d'émissions radiodiffusées. On relèvera en particulier que même si la technique d'un type donné de communication au public n'y est pas explicitement mentionnée, la loi allemande sur le droit d'auteur, du fait de la formulation large de son article 15.2), prévoit néanmoins un droit de communication au public « non définie ».

On ajoutera également que la loi française sur le droit d'auteur propose une notion de *représentation* à caractère général qui comprend toute communication de l'œuvre au public, soit la récitation publique, l'exécution lyrique, la représentation dramatique, la présentation publique, la projection publique et la transmission dans un lieu public de l'œuvre radiodiffusée.

Quant à l'Union européenne, elle a évidemment harmonisé un certain nombre d'utilisations relevant du droit d'auteur mais certainement pas tous. De façon révélatrice, la Directive 2001/29 est consacrée à « certains aspects » du droit d'auteur et des droits voisins. Tout comme les droits d'adaptation et de traduction, le droit d'exécution publique figure parmi les droits patrimoniaux qui n'ont pas été harmonisés au niveau de l'Union européenne.⁹

Le droit de « communication » au public d'œuvres, comme il est désigné en français, a évidemment été distingué par les traités WCT et WPPT de 1996 afin d'englober des utilisations qui se répandaient sur le réseau Internet (alors émergent). La mise à la disposition du public (et d'autres expressions à caractère général) constitue une formule qui est employée depuis beaucoup plus longtemps pour mettre en œuvre la politique fondamentale qui consiste à permettre au droit d'auteur d'englober tous les moyens, actuels ou futurs, par lesquels les œuvres protégées sont rendues accessibles au public.

(iii) Le public

Il existe une exigence qui sous-tend tous les modes de diffusion, de communication ou de mise à disposition, indépendamment de leur formulation : l'exploitation doit être destinée au *public*. On trouve facilement dans le monde des variations doctrinales quant à savoir ce qu'est « le public » et une abondante jurisprudence s'est développée autour de cette question. A ce jour, l'Union européenne n'a pas harmonisé la notion de public, même s'il existe à ce sujet une jurisprudence assez fournie de la CJUE.

Essentiellement, cette expression doit s'entendre comme couvrant tous les environnements qui impliquent un nombre important de personnes au-delà des limites du cercle de la famille et des amis proches. Il s'ensuit que la communication aux fins du droit d'auteur peut intervenir dans n'importe quel lieu où est réuni un nombre important de personnes en dehors du cercle normal des membres de la famille et des connaissances sociales. Il s'agit donc de tous les lieux qui sont « ouverts » au public sans autres restrictions que celles qui imposent au public une condition générale telle qu'un droit d'entrée ou une carte de membre. Par

⁹ Le droit de communication au public prévu par la Directive 2001/29 vise les actes de communication « par fil ou sans fil » et ne s'applique donc pas aux représentations ou aux exécutions données sur place. Cf. plusieurs décisions de la CJUE dont C-283/10 – *Circul Bucuresti* [2012].

conséquent, les actes de communication, tels que les représentations, exécutions ou présentations, dans les lieux publics ou dans les lieux semi-publics, comme les bars, clubs, hôtels, pensions, usines et établissements d'enseignement qui imposent des conditions d'admission plus précises, peuvent également constituer des communications au public.

Même s'il est possible que les œuvres proposées sur Internet soient accessibles à des publics beaucoup plus larges que ceux qu'atteignent les émissions de radio ou de télévision traditionnelles, l'accès à Internet supposera souvent la diffusion de l'œuvre à un utilisateur individuel à la demande de sorte que si la réception par le grand public est possible, il ne sera question en l'occurrence que d'une transmission à un seul utilisateur, à la demande de celui-ci, et le plus souvent dans l'intimité de son domicile. Mais puisqu'une communication au public peut également avoir lieu dans le cadre d'une *connexion un à un* sur Internet, il est clairement sans pertinence, pour déterminer si un acte est une communication au public, de savoir si les destinataires potentiels accèdent aux œuvres communiquées par le biais d'une connexion un à un, du moins si la technique employée offre à un nombre de personnes suffisamment important la possibilité d'accéder à l'œuvre objet de la communication.¹⁰ Comme cela a été indiqué plus haut, constituent des communications au public non seulement les radiodiffusions mais également les diffusions en flux à des consommateurs lorsqu'une seule personne à la fois se sert de son propre dispositif d'écoute ou de visionnage à domicile, à condition que la possibilité d'accéder à l'œuvre soit ouverte à un cercle public. En revanche, une communication d'une œuvre dans le cadre d'une conversation de personne à personne, par exemple sur Skype, serait normalement considérée comme étant privée.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a, dans un certain nombre de décisions récentes, ajouté des paramètres aux facteurs qui font qu'une situation donnée soit publique. Elle a estimé, par exemple, que la *radiodiffusion* par satellite nécessite « un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels » pour que s'applique le droit exclusif.¹¹ Dans les affaires jointes C-403/08 et C-429/08 *Football Association Premier League* et *Murphy* [2011] Rec., la Cour a observé : « pour relever [...] de la notion de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le droit d'auteur, encore faut-il que l'œuvre radiodiffusée soit transmise à un *public nouveau*, c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine... ». La Cour a précisé que la question de savoir si un public est « nouveau » dépend de celle de savoir si le public était envisagé par le titulaire du droit d'auteur au moment de l'autorisation de la première transmission. Dans les affaires jointes C-431/09 et C-432/09 [2011] *Airfield*, la Cour évoque (considérant 76) : « un public plus large que celui visé par l'organisme de radiodiffusion concerné, c'est-à-dire un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs de ces œuvres lorsqu'ils ont autorisé l'utilisation de ces dernières par l'organisme de radiodiffusion ».

Toutefois, la CJUE a très récemment décidé que la notion de « communication au public » au sens de l'article 3.1) de la Directive 2001/29 couvre une retransmission des œuvres incluses dans une radiodiffusion télévisuelle terrestre dès lors que la retransmission est effectuée par un organisme autre que le radiodiffuseur d'origine et au moyen d'un flux Internet mis à la disposition des abonnés de cet organisme qui peuvent recevoir cette retransmission en se connectant à son serveur, et ce même si ces abonnés se trouvent dans la zone de réception de cette radiodiffusion terrestre et peuvent licitement recevoir la radiodiffusion sur un récepteur de télévision. De plus, la CJUE a relevé que la communication au public n'est influencée ni

¹⁰ Cf. C-607/11, *TVCatchup* [2013].

¹¹ Voir C-192/04, *Lagardère* [2005].

par le fait que la retransmission est financée par la publicité et revêt ainsi un caractère lucratif, ni par le fait que la retransmission est effectuée par un organisme qui se trouve en concurrence directe avec le radiodiffuseur original.¹²

Il est évident que, même selon les critères exposés par la CJUE, le public n'a pas besoin d'être « nouveau » en ce sens qu'il n'est visé que par un seul communicateur diffusant un contenu particulier. Ce qui importe c'est que ce groupement soit également un *public* dans chaque contexte de communication, que les œuvres mises à sa disposition par radiodiffusion lui soient également accessibles via Internet ou par d'autres moyens techniques.

La CJUE a également donné des précisions sur la notion de « public » dans d'autres affaires ne se rapportant pas à la radiodiffusion. Elle a alors indiqué que le terme « public » vise un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels et un nombre de personnes assez important.¹³ Cette interprétation est également reprise dans des affaires plus récentes.¹⁴ Bref, la CJUE semble dire que « le public » ne doit pas concerner des groupements qui sont petits ou « sans pertinence » même si une série d'utilisations mineures ou un à un doit également avoir pour *effet cumulatif* qu'une utilisation soit publique.¹⁵ A l'évidence, la notion de « public » nécessite un certain seuil *de minimis*, ce qui en exclut une pluralité de personnes concernées trop petite ou économiquement insignifiante. La CJUE a donc conclu qu'il y a lieu de tenir compte de l'effet cumulatif qui résulte de la mise à disposition d'œuvres auprès des destinataires potentiels.¹⁶ Dans ce contexte, il est non seulement pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement, mais également combien d'entre elles ont successivement accès à cette œuvre.

Il est raisonnable de conclure que la définition de « public » a tendance à se rétrécir ou à s'élargir suivant la nature du droit en jeu. La CJUE n'a manifestement pas trouvé un concept de « public » qui le définit une fois pour toutes dans le cadre de l'UE. Plus généralement, on peut conclure qu'il faut que le public ciblé comprenne potentiellement un « nombre important » de personnes. En se concentrant sur l'offre d'accès (qu'il y ait ou non une seule personne de ce public qui accepte l'offre), on met l'accent sur le *rôle de catalyseur* joué par le responsable de la communication au public.

(iv) Conclusions relatives aux activités d'établissement de liens

a) Différents types de liens

Les structures hypertextes du réseau Internet sont indispensables au fonctionnement de celui-ci. Il existe plusieurs types de liens mais essentiellement deux grandes catégories : les *liens hypertextes* et les *liens automatiques* (« inline links »). L'approche décrite plus haut qui consiste à aborder de manière fonctionnelle les utilisations de base du droit d'auteur a tendance à accorder à des procédés équivalents le même traitement, indépendamment de leur construction technique.

¹² Voir C-607/11, *TVCatchup* [2013], considérants 42 à 44. Il convient d'observer que la CJUE, dans les affaires C-403/08 et C-429/08 [2011] considérant 204, *Premier League et Murphy*, a estimé qu'il n'était pas « dénué de pertinence » que la communication au sens de l'article 3.1) de la Directive 2001/29 revêt « un caractère lucratif ». Dans son arrêt *TVCatchup*, la CJUE nuance cette affirmation (considérant 42) : le caractère lucratif de la communication n'est « pas nécessairement une condition indispensable qui détermine l'existence même d'une communication au public ».

¹³ Voir C-306/05, *Rafael Hoteles* [2005] (voir, en ce sens, le considérant 84).

¹⁴ C-89/04, *Mediakabel*, Rec. 2005 p. I-4891, p. 30 [2005].

¹⁵ Cf. C-135/10, *Marco del Corso* [2012], et C-162/10, *Phonographic Performance*.

¹⁶ Voir, par exemple, les affaires C-89/04, *Mediakabel*, et C-192/04, *Lagardère*.

Un utilisateur, en cliquant sur un *lien hypertexte*, adresse au serveur sur lequel est stockée une œuvre donnée une demande d'« envoyer » le fichier de cette œuvre à son ordinateur afin que le fichier demandé soit accessible sur le navigateur de l'utilisateur. Ainsi, lorsque l'utilisateur active le lien, il y a une communication entre l'ordinateur de l'utilisateur et le serveur web où est stocké le fichier demandé, sous réserve évidemment que le fichier dont il s'agit soit effectivement disponible. La personne qui détermine le type d'accès que le serveur va offrir peut limiter de plusieurs façons l'accès via des liens à certains fichiers stockés sur le serveur, notamment en permettant à l'utilisateur d'accéder uniquement à un site Internet et non aux fichiers d'œuvres déterminées qu'il contient. Il est également possible pour le propriétaire du serveur d'empêcher l'accès à tel ou tel fichier aux visiteurs en provenance de certaines adresses Internet ou aux utilisateurs ayant certaines adresses IP. De telles mesures peuvent être prises à l'aide d'un fichier de configuration (.htaccess), accepté par la plupart des serveurs web, ou à l'aide de témoins de connexion dits « cookies ».

Pour des raisons pratiques, il peut être utile d'identifier une ou plusieurs sous-catégories de liens hypertextes, comme les *liens dits profonds*, ce terme étant souvent employé pour désigner les liens hypertextes qui renvoient, non pas à la page d'accueil d'un tiers, comme le fait un lien de référence dit lien en surface, mais (le plus souvent) à une page intérieure du site relié, ce qui veut dire en pratique que le lien pointe directement vers un fichier, choisi d'une manière ou d'une autre par le fournisseur du lien, contenant un objet protégé. Mais il en ressort que l'établissement en soi d'un lien n'est pas forcément pertinent au regard du droit d'auteur. Il en est ainsi si, en l'occurrence, le lien ne peut pas être considéré comme visant d'une manière suffisamment manifeste une œuvre ou un autre objet protégé.

Le fait qu'une adresse soit disponible en tant que lien hypertexte sur lequel on peut cliquer n'est pas forcément le résultat d'un acte volontaire de la part de celui qui rend accessible l'adresse chaque fois qu'un lien est créé. Le programme web de l'utilisateur, par exemple son navigateur ou son programme de messagerie, peut être formaté ou adapté pour identifier automatiquement une adresse dans le texte et permettre à l'utilisateur de cliquer dessus. Par ailleurs, un lien peut également être établi pour contourner les mesures techniques de protection mises en place par le propriétaire du fichier.

L'autre catégorie de liens, appelés ici des *liens automatiques*, permet d'établir des liens vers des fichiers comportant des images (fixes) ou des contenus vidéo de telle sorte que ces contenus semblent faire partie de la page web sur lequel se trouve le lien. Le navigateur standard télécharge automatiquement l'image ou la vidéo reliée et la présente comme étant intégrée avec d'autres contenus à la page web concernée. L'utilisateur n'a certes pas besoin de cliquer sur un tel lien pour l'activer, mais autrement ce type de lien fonctionne de la même façon que les liens hypertextes normaux. Par exemple, les liens automatiques sont souvent utilisés pour présenter des bannières publicitaires sur un site ou pour intégrer un clip vidéo provenant de YouTube dans un blog.

En règle générale, les liens hypertextes et les liens automatiques permettent à l'utilisateur de faire des recherches sur Internet plus facilement car il peut cliquer sur le lien au lieu de copier/coller ou d'écrire l'adresse web correspondante. La contribution fondamentale qu'apportent les liens au trafic Internet consiste à accélérer l'accès de l'utilisateur aux fichiers sur Internet. C'est une amélioration par rapport à la simple fourniture de l'adresse même, c'est-à-dire des données sur le nom du fichier et son lieu de stockage. Par conséquent, les liens facilitent l'accessibilité, même si les utilisateurs peuvent accéder également, par d'autres moyens, aux œuvres recherchées.

b) Liens entrant dans le cadre des utilisations relevant du droit d'auteur

Comme indiqué précédemment, les activités qui communiquent au public ou mettent à la disposition du public des œuvres protégées peuvent revêtir beaucoup de formes, actuellement connues ou encore à inventer. Ce qui importe en principe n'est pas la manière dont s'effectue une telle communication mais le fait que **(i)** *l'acte* d'une personne ait directement ou indirectement **(ii)** *l'effet* de s'adresser au public, quel que soit l'outil, le moyen ou le dispositif employé par cette personne pour parvenir à cet effet, et que **(iii)** des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des objets protégés par des droits voisins deviennent ainsi accessibles au public d'une manière couverte par les droits exclusifs conférés par le droit d'auteur.

A l'évidence, il peut y avoir des cas où les liens hypertextes ou les liens automatiques, évoqués plus haut, sont utilisés dans le but de rendre accessible au public une œuvre ou un objet protégé. Dans ces conditions, il est totalement indifférent que le public pense, se rend compte ou a le sentiment qu'il a été dirigé vers un autre site Internet ou qu'il croit que l'accès aux contenus protégés a eu lieu sur le site Internet auquel il s'est connecté. C'est en soi sans pertinence pour déterminer si un lien donné entraîne ou non une communication au public (met l'œuvre à la disposition du public). L'élément déterminant est la notion du « public » et la question de savoir si a eu lieu une mise à disposition ou une transmission couverte par le droit d'auteur.

Il est tout aussi évident qu'un tel résultat n'est pas atteint lorsque le lien ne met pas à disposition un contenu protégé déterminé mais ne fait que *renvoyer* vers une source où il est éventuellement possible d'accéder à ce contenu et où l'accès à l'œuvre même ou à l'objet protégé n'a pas lieu.

En revanche, les liens qui conduisent directement à un contenu protégé déterminé, par le biais de son URL unique, entrent normalement dans le cadre d'une utilisation relevant du droit d'auteur. L'acte d'établissement d'un tel lien constitue donc une « mise à disposition », que le lien renvoie l'utilisateur à un contenu particulier d'une manière qui fait clairement comprendre à celui-ci qu'il a été dirigé vers un site tiers ou que le site qui établit le lien conserve un cadre autour du contenu de telle sorte que l'utilisateur ne sait pas qu'il accède au contenu d'un site tiers.

Cela dit, le fait que l'œuvre visée soit facilement accessible sur Internet à partir d'une source ouverte ou qu'elle soit au contraire cachée par des mesures techniques est également indifférent pour déterminer le statut d'un lien au regard du droit d'auteur. Dans le premier cas, il est possible qu'existe une licence, implicite ou non, visant la nouvelle mise à disposition/communication au public à laquelle donne lieu potentiellement l'établissement d'un lien. Cette question doit être tranchée au cas par cas. Mais l'accessibilité d'une œuvre depuis une source ouverte n'a aucune incidence sur le statut d'une communication en tant qu'acte relevant du droit d'auteur.

La même logique s'applique à la distinction entre les fichiers pirates et les contenus tout à fait licites faisant l'objet d'activités d'établissement de liens. L'utilisation de contenus piratés est en règle générale notoirement illicite en soi, mais là encore il importe peu pour l'appréciation d'un acte de mise à la disposition du public ou de communication au public d'une œuvre protégée dans le cadre du droit d'auteur ou des droits voisins que cet acte conduise à des contenus piratés ou à des œuvres déjà mises à la disposition du public avec le consentement du titulaire de droits.

Un acte *illicite* n'aurait évidemment pas lieu s'il intervenait dans le respect de la décision du titulaire de droits quant à savoir si et sous quelles conditions le contenu protégé serait mis à disposition sur Internet. Il s'ensuit notamment que l'établissement d'un lien serait illicite (i) si le contenu avait été mis à disposition sans le consentement de l'auteur, ou (ii) si des mesures techniques de protection avaient été contournées ou (iii) si la disponibilité du contenu allait d'une autre manière à l'encontre de la volonté déclarée ou clairement implicite du titulaire de droits. Il serait indifférent dans de tels cas que la personne établissant le lien connaisse ou non le contexte historique du contenu protégé qui faisait que l'établissement d'un lien était illicite.

Nul doute que les concepts de base des utilisations relevant des droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins peuvent mettre les acteurs commerciaux sur Internet, qui se servent de liens comme outil pour communiquer au public des œuvres et objets protégés, sous une certaine pression pour obtenir auprès des titulaires de droits l'autorisation nécessaire pour le faire. Pour, le cas échéant, réduire cette pression, l'interprétation des concepts de base des utilisations relevant du droit d'auteur telles qu'évoquées ici n'est pas une option disponible. Une telle appropriation ne doit intervenir que sur la base des limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins.

A cet égard, une *présomption générale* selon laquelle le titulaire de droits a consenti à de *nouveaux actes de communication* au public de contenus initialement mis en ligne sur Internet avec son consentement nécessiterait, pour être valable, l'intervention du législateur. Mais le titulaire de droits risque de trouver que les juges appelés à trancher le cas d'espèce pourraient être enclins à en déduire son consentement à l'établissement de l'hyperlien.
