L'appréhension des hyperliens en droit de l'Union européenne

Thomas Pérennou

▶ **To cite this version:**

Thomas Pérennou. L'appréhension des hyperliens en droit de l'Union européenne. Droit. Université de Rennes, 2019. Français. NNT : 2019REN1G012 . tel-02984098

HAL Id: tel-02984098
https://theses.hal.science/tel-02984098

Submitted on 30 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

UNIVERSITÉ DE RENNES 1

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1
COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *DROIT*

Par
Thomas PÉRENNOU

L'appréhension des hyperliens en droit de l'Union européenne

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 13 septembre 2019
Unité de recherche : Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE-UMR-CNRS 6262)

Rapporteurs avant soutenance :

Thibault Douville	Professeur à l'Université de Caen
Emmanuel Netter	Maître de conférences HDR à l'Université d'Avignon

Composition du Jury :

Catherine Barreau	Professeur à l'Université de Rennes 1
Alexandra Bensamoun	Professeur à l'Université de Rennes 1
Thibault Douville	Professeur à l'Université de Caen
Winston Maxwell	Directeur d'études à Télécom ParisTech
Emmanuel Netter	Maître de conférences HDR à l'Université d'Avignon
Annie Blandin Directeur de thèse	Professeur à l'IMT-Atlantique

À jour du 1 avril 2019

Ce travail a bénéficié du soutien de l'IMT Atlantique Bretagne-Pays de la Loire et a été réalisé au sein du Campus de Rennes.

Cette thèse a également bénéficié d'une aide de l'État attribuée au labex COMIN LABS et gérée par l'Agence Nationale de la Recherche au titre du programme « Investissements d'avenir » portant la référence ANR-10-LABX-07-01.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements les plus sincères s'adressent tout d'abord à ma directrice de thèse, le professeur Annie Blandin, pour la confiance qu'elle m'a accordée ainsi que pour ses précieux conseils.

Je souhaite en outre exprimer ma reconnaissance à Pascale Sébillot et Guillaume Gravier de l'IRISA pour avoir initié le projet de recherche en informatique à l'origine de cette thèse.

Que soient également profondément remerciés les membres du jury qui me font le privilège de juger mon travail.

Je remercie aussi chaleureusement l'ensemble du personnel de l'IMT-Atlantique et notamment Josette et Thibault. Leur accueil et leur bienveillance ont beaucoup compté.

Merci à mes amis et à mes proches. De près ou de loin, ils m'ont accompagné, chacun à leur façon, durant ce long périple. Merci Alice pour ton aide précieuse.

Merci à ma compagne pour son infinie patience, sa compréhension et son soutien. Elle a su rendre plus légères ces années de recherche, qui doivent paraître bien étranges vues de l'extérieur.

Enfin, mes pensées vont à mes parents et, en particulier, à ma mère. Leur aide inestimable et leur confiance toujours renouvelée ont grandement contribué à l'achèvement de cette thèse. Je leur exprime ici toute ma gratitude.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : Une liberté de lier émergente au regard du statut de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle

TITRE 1. - Un statut favorable à la liberté de lier

Chapitre 1. - L'autorisation du titulaire du droit de marque pour la pose d'un lien : un préalable étroitement limité

Chapitre 2. - L'autorisation des titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins pour la pose d'un lien : un préalable requis par exception

TITRE 2. - Un statut requérant une construction plus cohérente

Chapitre 1. - Une mise en cohérence nécessaire au regard de l'instabilité du régime de l'hyperlien

Chapitre 2. - Une mise en cohérence ouvrant sur la protection des hyperliens par le droit d'auteur et les droits voisins

PARTIE 2 : Une liberté de lier encadrée de manière différenciée quant à la diffusion de l'information

TITRE 1. - Un encadrement par la responsabilité du fait du contenu lié

Chapitre 1. - L'application du régime de responsabilité limitée des intermédiaires d'Internet aux fournisseurs de liens

Chapitre 2. - La nécessaire clarification du régime de responsabilité applicable aux intermédiaires fournisseurs de liens

TITRE 2. - Un encadrement par la régulation de l'activité d'ordonnancement des liens

Chapitre 1. - L'ordonnancement des liens : une activité spécifique régulée par des initiatives ciblées

Chapitre 2. - La perspective d'une régulation transversale de l'ordonnancement des liens

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Aff. ..... Affaire

Aff. Jtes. ..... Affaires jointes

ADPIC ..... Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce

ALAI ..... Association littéraire et artistique internationale

art. ..... Article

BGH ..... *Bundesgerichthof* (Cour fédérale allemande)

c. ..... Contre

CA ..... Cour d'appel

Cass. ..... Cour de cassation

- Ass. plén. ..... Assemblée plénière
- Civ. ..... Chambre civile
- Com. ..... Chambre commerciale

CE ..... Conseil d'État

CEDH ..... Cour européenne des droits de l'homme

CEIPI ..... Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle

CGU ..... Conditions générales d'utilisation

CJCE ..... Cour de justice des communautés européennes

CJUE ..... Cour de justice de l'Union européenne

coll. ..... Collection

Com. Com. électr. ..... Revue Communication Commerce électronique

COM ..... Communication de la Commission européenne

comp. ..... Comparer

CSPLA ..... Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

CCNum. ..... Conseil national du numérique

Cons. const. ..... Conseil constitutionnel

CRID ..... Centre de recherche informatique et droit

DAMUN ..... Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique

DMCA ..... Digital Millenium Copyright Act

dir. ..... Direction

éd. ..... Édition

EDPI ..... L'Essentiel du Droit de la Propriété Intellectuelle

E.I.P.R ..... European Intellectual Property Review

et al. ..... *Et alii* (et autres)

FAI ..... Fournisseur(s) d'accès à Internet

fasc. ..... Fascicule

FDI ..... Forum des droits sur Internet

GAFA(M) ..... Google, Apple, Facebook, Amazon (Microsoft) *désigne les plus importantes entreprises de l'Internet*

Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais

HADOPI ..... Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

HTML ..... *Hypertext Markup Language*

Ibid. ..... Ibidem

i. e. ..... *Id est* (c'est-à-dire)

InfoSoc ..... Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

IP ..... *Internet Protocol*

JCl ..... JurisClasseur (encyclopédies)

JCP G ..... JurisClasseur périodique – édition générale

JIPITEC ..... Journal of Intellectual Property, Information, and Electronic Commerce Law

JOCE ..... Journal Officiel des Communautés européennes

JOUE ..... Journal Officiel de l'Union européenne

LGDJ ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA ..... Les Petites Affiches

n° ..... Numéro

p. ..... Page

préc. ..... Précité

Propr. indus. ..... Propriétés industrielles

Propr. Intell. ..... Propriétés intellectuelles

PUF ..... Presses universitaires de France

PUL ..... Presses Universitaires de Lyon

§ ..... Paragraphe

obs. ..... Observation

OMPI ..... Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

op. cit. ..... *Opere citato* (dans l'ouvrage cité)

Rapp. ..... Rapport

rappr. ..... Rapprocher

Rec. ..... Recueil

Rep. ..... Répertoire

RGPD ..... Règlement Général sur la protection des données

RIDE ..... Revue Internationale de Droit Économique

RLDI ..... Revue Lamy de Droit de l'Immatériel

RTD ..... Revue Trimestrielle de

- com. ..... Droit commercial
- eur. ..... Droit européen

s. ..... Suivant

SED (ECS) ..... Société Européenne du Droit d'auteur (*European Copyright Society*)

SMA ..... Directive sur les services de médias audiovisuels

SWD ..... *Staff Working Document* (Document de travail de la Commission européenne)

spéc. ..... Spécialement

TGI ..... Tribunal de Grande Instance

TFUE ..... Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

TUE ..... Traité sur l'Union européenne

UE ..... Union européenne

URL ..... Universal Ressource Locator

V. ..... Voir

Vol. ..... Volume

RÈGLES GÉNÉRALES DE CITATION

Dans toute la mesure du possible, les références bibliographiques utilisées au sein de cette thèse le sont conformément aux préconisations du REF-LEX. Il s'agit d'un guide de citations des références juridiques fourni par le Syndicat national de l'édition. Ce guide est accessible à l'adresse suivante : https://reflex.sne.fr/guide.

INTRODUCTION

1. « *Les œuvres acquerront une sorte d'ubiquité. Leur présence immédiate ou leur restitution à toute époque obéiront à notre appel. Elles ne seront plus seulement dans elles-mêmes, mais toutes où quelqu'un sera, et quelque appareil.* [...] *ainsi serons-nous alimentés d'images visuelles ou auditives, naissant et s'évanouissant au moindre geste, presque à un signe* »[1].

2. L'hyperlien constitue assurément le parangon de cette ubiquité que Paul Valéry décrivait déjà en 1928, aux premières heures des communications longue distance et dématérialisées. En effet, étymologiquement l'hyperlien est ce qui permet « d'aller au-delà », de se déplacer instantanément d'un contenu à un autre, présents sur le World Wide Web.

3. L'usage de l'hyperlien est central dans la société européenne de l'information. Sur Internet[2], les liens sont effectivement « *consubstantiels aux contenus pour mieux les décrire, pour mieux les qualifier, pour mieux les « orienter »* »[3]. Les éditeurs enrichissent ainsi fréquemment leur contenu d'un lien cliquable, afin d'indiquer l'existence d'une référence pertinente, située ailleurs sur Internet et pour en faciliter l'accès. Sur les réseaux sociaux, comme *Facebook* ou *Twitter*, la pose d'un lien est le moyen privilégié pour indiquer à son cercle de relations la présence sur le web d'un contenu amusant, original ou intéressant. À ces usages minimaux peut se substituer un usage maximal du lien qui est au cœur du développement de certaines grandes plateformes de l'Internet, telles que les moteurs de recherche ou des agrégateurs d'information. Dans un cas comme dans l'autre, pour l'utilisateur final, l'hyperlien est alors un moyen de s'orienter et de naviguer sur Internet en passant d'un document à un autre.

4. Dans cette perspective, la création d'hyperliens serait indispensable au fonctionnement de l'Internet et à la circulation des contenus au sein de l'univers numérique. Il s'agit là d'un enjeu relatif à la liberté d'expression et d'information sur Internet. Dans le même temps, la création d'hyperliens pose une série de problématiques juridiques entrant dans le champ du droit matériel de l'UE. L'hyperlien défie nombre de règles du droit européen de la communication par Internet, notamment le droit de la propriété intellectuelle, la responsabilité des intermédiaires de l'Internet ou encore le droit de la protection des

---

[1] Valéry P., La conquête de l'ubiquité (2929) , in Oeuvres, Tome 1, 2016, Édition de Michel Jarrety, Le livre de poche, coll. La Pochothèque 1822 p., p. 1302.

[2] Au plan technique, l'Internet n'est pas l'équivalent du World Wide Web, lequel n'est que l'une des applications que le réseau des réseaux permet. Toutefois pour des raisons de commodité de langage nous emploierons « Internet » pour désigner le World Web Web dans la suite de cette thèse.

[3] Ertzscheid O., Le like tuera le lien, affordance.info, accessible à : https://affordance.typepad.com/mon_weblog/2010/05/le-like-tuera-le-lien.html. Dernier accès le 01/03/2019.

données personnelles. Pourtant, malgré l'importance des enjeux, l'hyperlien ne fait l'objet d'aucune définition juridique et n'est doté d'aucun statut propre en droit de l'UE.

5. Ce défaut de définition, combiné aux nombreuses interactions de l'hyperlien avec le droit de l'UE, fonde l'intérêt de son appréhension juridique, d'autant que cette dernière n'a ni été étudiée globalement ni systématiquement.[4] Afin de préparer le lecteur à la connaissance de notre objet de recherche, une délimitation approfondie des termes composant le sujet est nécessaire. Effectivement, si la notion d'hyperlien peut se définir simplement, ses usages sont multiples et sa mise en œuvre technique complexe. L'objet et l'intérêt de cette thèse résidant dans l'étude juridique de cette diversité et de cette complexité, le choix a été fait d'opter pour une approche de l'hyperlien la plus englobante possible. L'écosystème de l'hyperlien constituera à ce titre l'objet que nous nous efforcerons d'analyser au cours de cette thèse et doit donc être défini (**Section 1**). À partir de cette définition, nous serons en mesure de poser la problématique de la place réservée à l'activité de création de liens au sein de l'édifice normatif européen (**Section 2**).

Section 1. - L'écosystème de l'hyperlien sur Internet

6. La notion d'écosystème se réfère avant tout à la nature, à l'environnement, pour désigner l'interaction des plantes, des animaux et de l'habitat. Si, dans une thèse en droit, associer cette notion à celle de l'hyperlien peut sembler incongru, il n'en n'est rien. L'expression « écosystème de l'hyperlien » est ici utilisée afin de signifier que le traitement juridique de l'hyperlien ne peut se résumer à l'analyse d'une technique. En tant que telle, la technique est neutre d'un point de vue juridique, à l'inverse des usages et des acteurs qui, eux, doivent être saisis par le droit[5]. C'est en effet principalement, si ce n'est uniquement, par les usages qui en sont faits que la technique de l'hyperlien questionne le droit. Il est dès lors impératif de retenir une définition écosystémique de l'hyperlien, c'est-à-dire une définition qui mette en avant la diversité des usages de l'hyperlien (§1) et la diversité des techniques de liaisons (§2).

---

[4] Plusieurs thèses ont déjà été consacrées à l'hyperlien : v. Dimeglio A., Le droit du référencement dans l'Internet (outils de recherche, lien hypertexte, balise méta), 2002, Thèse, Montpellier I ; Bitar A., Les aspects juridiques des hyperliens, 2006, Thèse, Nantes ; Le Borloch M., L'application du droit d'auteur aux hyperliens. Analyse de droit français et de droit américain, 2016, Thèse Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Cependant, ces thèses ne portaient pas sur l'application du droit de l'UE à l'hyperlien. Elles ne se sont donc pas concentrées sur les spécificités et les dynamiques du droit de l'UE lorsqu'il est appliqué à l'hyperlien. Pour notre part, nous avons fait le choix d'une approche européenne dans la mesure où nombre de règles applicables à l'hyperlien sont issues du droit de l'UE.

[5] Rappr. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., n°72 ; Sirinelli P., Rapport annuel de la Cour de cassation, L'innovation technologique, 2005, p. 45 et s. ; Latreille A., Numérisation, Lex Electronica, n°22, 2017, p. 117.

§ 1. - La diversité des usages de l'hyperlien

7. L'hyperlien est l'objet de nombreux usages sur Internet, qu'il convient de délimiter. Si le terme « usage » est particulièrement polysémique en droit[6], il devra ici être compris plus simplement dans son acception commune, au sens d'« utiliser » ou d'« employer » une chose. En conséquence, il s'agit dans les lignes qui suivront, de décrire et de qualifier les différentes utilisations de l'hyperlien sur lesquelles notre thèse s'appuiera. Dans cette optique, il convient d'abord d'observer que l'hyperlien est indissociable du fonctionnement de l'Internet, tout comme il lui est indispensable (A). Dans d'autres hypothèses, l'hyperlien peut être utilisé à des fins moins louables : ces usages de l'hyperlien sont décriés (B).

A. Des usages indispensables au fonctionnement du web

8. Dans un document de référence, le Forum des Droits sur Internet proposait de le définir comme « *une 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* »[7]. L'hyperlien permet donc de relier des documents textuels ou sonores, des images fixes ou animées, publiées sur le World Wide Web[8], quelle qu'en soit la localisation. Aujourd'hui, la grande majorité des contenus du web est composée d'hyperliens, que ces contenus soient le fait d'éditeurs privés, de moteurs de recherche ou de réseaux sociaux. En conséquence, l'hyperlien constitue l'un des éléments caractéristiques des contenus numériques présents sur Internet.

9. Du point de vue des éditeurs de contenus, l'hyperlien est le moyen standard de partage d'informations en ligne. Il offre également à l'utilisateur final un moyen commode de naviguer et de s'orienter sur le web. Cela est d'autant plus vrai que l'internaute bénéficie aujourd'hui des services de moteurs de recherche et autres agrégateurs d'information : ces derniers rendent plus aisées la navigation des internautes par le tri et la hiérarchisation de la myriade de contenus présents sur le web, grâce à des listes de liens. En retour, ces intermédiaires contribuent grandement à définir ce qui doit être visible et accessible à l'aide d'hyperliens

---

[6] V. par exemple les multiples entrées renvoyant à ce mot dans les dictionnaires ou lexiques juridiques.

[7] Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, 3 mars 2003, p.12.

[8] Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, droit et technologies.org, 2001, p. 3, https://www.droit-technologie.org/dossiers/responsabilite-des-intermediaires-le-probleme-des-hyperliens/. Dernier accès le 01/03/2019.

ou ce qui ne doit pas l'être[9]. L'hyperlien a ainsi pour finalité de créer sur le web « *l'infrastructure d'une navigation qui répond à une logique aussi intellectuelle que technique* »[10]. Le lien assure, à ce titre le maillage du web et constitue ainsi l'un des piliers de la circulation des contenus au sein de la société européenne de l'information.

10. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'hyperlien a été conçu[11]. Vannevar Bush, conseiller du Président Roosevelt, fut le premier, en 1945 à imaginer un système d'information fonctionnant sur le mode associatif. L'objectif de Bush était de faciliter la diffusion de l'information, à l'instar de l'hyperlien[12]. Le terme et le concept d'hypertexte furent inventés par Ted Nelson en 1965 afin de décrire un mode de lecture non linéaire et participatif[13]. Tel qu'il est utilisé aujourd'hui sur Internet[14], l'hyperlien est toutefois né en Europe à la fin des années 1980, des fruits du travail de Tim Berners-Lee et de Robert Cailliau, alors chercheurs au CERN (Organisation européenne pour la recherche nucléaire[15]). Tim Berners-Lee souhaitait permettre aux ordinateurs du CERN, jusqu'alors isolés, de dialoguer facilement les uns avec les autres et de partager les documents qu'ils stockaient. Tim Berners-Lee eut donc l'idée d'établir des liens entre les documents de chaque ordinateur grâce au procédé technique de l'hypertexte, surimposé au protocole Internet TCP/IP[16]. Il s'agissait pour l'ingénieur anglais de créer un espace où chaque ressource

---

[9] V. notamment, en guise d'introduction, Sire G., Les moteurs de Sire recherche, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p., spéc., p. 75 et s. ; Sire G., Rieder B., Dans les ramures de l'arbre hypertexte. Analyse des incitations générées par l'opacité du moteur Google, French journal for media research, Vol. 3, 2015, p. 1 et 2 ; Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur in Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p., p. 104 ; Azzaria G., Privatisation et mondialisation de l'information du droit d'auteur : le cas Google *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., p. 78.

[10] Sirinelli P., Hyperliens et droit d'auteur *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., p. 104.

[11] L'idée un document hypertexte permettant une lecture non linéaire remonte aux travaux du philosophe américain Ted Nelson.

[12] Le Crosnier H., Une introduction à l'hypertexte, Bulletin des bibliothèques de France, n°4, 1991, p. 280.

[13] *Ibid*.

[14] Ici, une précision terminologique s'impose. Si dans le langage courant l'Internet vaut le Web, tant le second a assuré la renommée du premier, cette affirmation est inexacte d'un point de vue technique. L'Internet est en effet littéralement et techniquement, un « réseau de réseaux » fonctionnant grâce un ensemble de protocoles TCP/IP. Il s'agit de l'infrastructure physique permettant l'accès au web, qui n'est qu'une des applications permises par l'Internet. Néanmoins par commodité linguistique, nous emploierons le mot Internet dans son usage courant, donc de manière équivalente au mot web. C'est dans cette optique que l'expression « l'hyperlien sur Internet », maintes fois utilisée dans cette étude, doit se comprendre. En conséquence, il sera explicitement précisé lorsque l'Internet désignera uniquement le réseau, l'infrastructure de communication, à l'exclusion des contenus et des applications.

[15] Lessig L, L'avenir des Idées, Presses universitaires de Lyon, 2005, 414 p., p. 54 ; Balle M., Médias et Société, 2013, 16ème éd., coll. Domat, LGDJ, 875 p., n°190 ; Francq P. Internet. Tome 1 : La construction d'un mythe, 2011, coll. Techno, Logos et Polis, E.M.E, 309 p., p. 100 ; v. également Berners-Lee T., Information management : A Proposal, CERN, 1990, accessible à : https://www.w3.org/History/1989/proposal.html.

[16] Le protocole TCP/IP est l'association de deux protocoles : Transmission Control Protocol et Internet Protocol. Le TCP est le langage d'acheminement par « paquets » qui permet à deux terminaux de communiquer l'un avec l'autre en contrôlant l'émission et la réception des messages ; le protocole IP est un standard d'adressage qui gère les adresses Internet et permet l'interconnexion des réseaux de « paquets ». Il est ainsi l'essence du réseau Internet Balle M., Médias et Société, *op. cit*., n°186 et 187.

serait liée aux autres et, de ce fait, référencée et accessible à tous[17]. Ainsi naquit le World Wide Web, ensemble de protocoles permettant l'accès et la diffusion de documents dotés d'hyperliens et connectés à l'Internet[18]. Dans cet environnement, la contribution principale du lien est de faciliter et d'accélérer la découverte et la diffusion de contenus.[19] Il évite en effet à l'internaute d'avoir à identifier et à renseigner l'adresse URL (Universal Ressource Locator) d'un contenu du web, dont il peut, au demeurant, parfaitement ignorer l'existence. L'hyperlien, au contraire, indique la présence d'un contenu supposé pertinent pour l'internaute, tout en fournissant le moyen d'y accéder.

11. Tout comme pour l'Internet, dans lequel il s'insère, la rupture engendrée par l'hyperlien ne tient pas tant à sa nature technique qu'à l'idéologie libertaire qui a sous-tendu son développement[20]. La création d'hyperliens doit permettre de relier entre elles les ressources de l'Internet et donc, de permettre un accès universel à ces dernières. Il découle de cet objectif que la création de liens depuis et vers les contenus de l'Internet a été pensée pour demeurer libre et ouverte ainsi que l'expose de manière éclairante le rapport du Forum des droits sur Internet :

> *« L'internet – réseau ouvert par excellence – et l'interface web ont justement été conçus pour que chacune des ressources mise en ligne puisse être connectée avec d'autres, le but du jeu étant qu'aucune information mise en ligne ne soit isolée des autres. Ainsi la création potentielle et spontanée de chemins d'accès (les liens) fait-elle partie du principe de communication sur le web* [...] *»*[21].

Si l'hyperlien tient un rôle de premier plan dans l'essor spectaculaire qu'Internet a connu, certains de ses usages sont toutefois décriés.

B. Des usages décriés

12. Alors que l'hyperlien a été originellement conçu comme une référence dynamique destinée à faciliter l'échange d'informations, son emploi peut aussi servir des desseins moins nobles. Deux grandes critiques

---

[17] Lessig L, L'avenir des Idées, 2005, PUL, 414 p., 55.

[18] *Ibid.*

[19] En ce sens, v. ALAI, 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, 2013, p. 8.

[20] Le professeur lawrence Lessig a en effet montré que la révolution des communications engendrée par Internet était largement due à la philosophie qui animait les promoteurs originels du « réseau des réseaux » et non uniquement à sa nature technique. Lessig L, L'avenir des Idées, *op. cit.*, spéc., p. 48 et 49 : « *Que les auteurs du réseau aient ou non eu conscience de ce qui naîtrait de leur création, ils l'ont bâtie en fonction d'une certaine philosophie : en un mot, l'idée selon laquelle le réseau lui-même ne serait pas en mesure de réguler son mode de croissance* ».

[21] Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, 2003, p. 20.

émergent aujourd'hui au sein de la société européenne de l'information. L'hyperlien est accusé, dans différents contextes, de permettre une forme d'appropriation des contenus liés, en particulier lorsque ceux-ci sont protégés par un droit de propriété intellectuelle (1). L'hyperlien se trouve également au cœur de l'économie de l'illicite en ligne, la technique du lien étant effectivement un moyen commode de référencer des contenus contrefaisants sur Internet (2).

1° L'hyperlien et l'appropriation des contenus liés

13. Certains usages du lien ont bouleversé les modèles économiques en place sur Internet. Ces usages ont participé à une modification des frontières entre le gratuit et le payant-protégé d'une part et, d'autre part, entre le non protégé et librement accessible, utilisable et diffusable[22]. Profitant de cette nouvelle donne, certains acteurs pourvoyant à la création de liens ont ainsi été en mesure de monétiser l'utilisation de ces derniers, tant par la génération de revenus publicitaires que par l'exploitation de données personnelles ou par le contrat. Ces usages de liens relèvent typiquement de ce que le professeur Pierre Sirinelli décrit comme un « *écosystème complexe où chacun trouve sa place et une source de profit à partir d'un phénomène simple : le désir de consommation d'œuvres de l'esprit de la part des internautes* »[23], et plus généralement de contenus numériques.

14. L'hyperlien est en effet critiqué en ce qu'il favoriserait les comportements parasitaires sur Internet. Le créateur d'un lien peut en effet avoir pour objectif de tirer profit de l'attrait des internautes pour le contenu lié : en pointant vers ce dernier, le lieur est en mesure de monétiser ce lien[24]. Cet usage est décrié, en particulier lorsque le contenu lié est protégé par un droit de propriété intellectuelle, puisqu'il conduit le poseur de lien à s'approprier la valeur économique de ce contenu, au détriment du titulaire de droit[25].

15. La critique de cet usage de l'hyperlien trouve un écho particulier au niveau de l'Union européenne dans le cadre du débat sur le partage de la valeur en ligne[26]. Ce débat porte sur la répartition de la valeur

---

[22] Chantepie P., Eléments d'économie du web 2.0 : interfaces, bases de données, plateformes, Propr. Intell., n°24, 2017, p. 285.

[23] Sirinelli P., Flux économique et web 2.0, Dalloz IP/IT, 2016, p.167 ; Sur ce point v. aussi Farchy J., Moreau F., Lumeau M., CSPLA, Rapport sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création, 2016.

[24] Sirinelli P., Hyperliens et droit d'auteur, *op. cit.*, p. 104.

[25] V. notamment Varet V., Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, Légipresse, n° 196, 2002, p. 141 ; FDI, Hyperliens : statut juridique, p. 17 et s. ; Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p.104 ; Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur in Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p., p. 106 et 107.

[26] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016.

générée par les grandes plateformes en ligne à partir de l'utilisation de contenus créatifs[27]. Il devrait trouver sa traduction juridique dans une nouvelle directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DAMUN), que le Parlement européen a définitivement adoptée le 26 mars 2019. La directive doit néanmoins être approuvé par le Conseil de l'UE avant d'entrer en vigueur. Certains fournisseurs de liens, les moteurs de recherche, les agrégateurs d'information et les réseaux sociaux sont particulièrement visés par cette initiative, y compris pour ce qui se rapporte à l'activité de création de liens[28]. Si les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information sont concernés, c'est parce ce que leur modèle économique repose tout entier sur l'exploitation de l'intérêt que portent leurs utilisateurs à ces contenus. Dans le cadre de ce modèle d'affaire, les liens proposés suite à une requête, que l'on appelle « liens naturels », servent à capter une audience qui sera monétisée auprès d'annonceurs grâce à la vente des liens commerciaux ou sponsorisés[29]. Cette problématique du partage de la valeur est d'autant plus vive qu'un grand nombre des contenus référencés sont des contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle. Deux marchés semblent particulièrement affectés : le marché de la veille média et celui de la télévision en ce qui concerne la télévision de rattrapage. La fourniture de liens hypertexte peut en effet permettre de capter l'audience de ces deux marchés[30]. Le modèle des moteurs de recherche ou des agrégateurs de contenus les conduit alors à tirer profit du « *matériau intellectuel d'autrui, privant ce dernier des fruits de son investissement* »[31].

16. Les réseaux sociaux, tels que *Facebook* ou *Twitter* ou les agrégateurs de contenus communautaires comme les *Digg-like* ou *Reddit*[32] fonctionnent selon un schéma différent : les hyperliens présents sur ces plateformes ne sont pas générés automatiquement par l'opérateur de cette plateforme. En matière d'hyperlien, leur activité consiste à fournir des liens posés par leurs utilisateurs. Plus précisément, ces plateformes ont un rôle de classification et de présentation de ces liens afin de faciliter leur découverte et leur usage par les utilisateurs finaux. Il n'en demeure pas moins que leur modèle d'affaires reste en tout

---

[27] *Ibid.*

[28] Sur ce point, v. en particulier, Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., Rapport du CSPLA sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014 ; Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur, *op. cit.* ; Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, Research Paper of the Faculty of Law, 2016 Goethe University Frankfurt am Main, n° 22, 2016.

[29] Bien souvent les services d'agrégation d'information proposés par les moteurs de recherche généralistes n'affichent aucune publicité. Toutefois, à l'instar du CSPLA, on peut considérer que ces services participent d'une audience globale monétisable : Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., Rapport du CSPLA sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p.63.

[30] Vercken G., Référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle, in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 153, spéc., p. 164 et 165.

[31] Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, préc., n°3.

[32] Sur des sites agrégateurs de liens, comme les « *digg-like* » ou *Reddit*, les internautes peuvent poster des liens vers des pages web (articles de presse, vidéos, images), qu'ils cherchent à promouvoir auprès des autres utilisateurs. Les liens les mieux notés par l'ensemble des autres utilisateurs apparaissent alors en première page du site. V. Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, *op. cit.*, n°812 et s.

point similaire à celui des moteurs de recherche ou des agrégateurs d'information[33] : il s'agit toujours de tirer profit de l'attrait du public pour des contenus liés en monétisant cette audience auprès d'annonceurs.

17. Par ailleurs, l'appréhension de cet usage des liens en droit de l'UE sera envisagée concomitamment à celui des extraits de contenus les accompagnant. Ces extraits *« de textes, de contenus audiovisuels, voire d'instantanés des pages web source»*[34] - parfois appelés *snippet* - sont en effet indissociables des liens posés par les moteurs de recherche, les agrégateurs d'information et, parfois, les réseaux sociaux. Ils permettent de contextualiser les listes de liens affichés et sont de ce fait indispensables pour une utilisation « commode »[35] des moteurs de recherche, des agrégateurs d'information et parfois des réseaux sociaux[36]. Ces extraits sont d'ailleurs au cœur du modèle économique des acteurs précités et du phénomène d'appropriation des contenus du web.

Si l'hyperlien est décrié par le fait qu'il peut constituer un mode particulier d'exploitation des contenus présents sur le web, il l'est davantage encore lorsqu'il favorise la diffusion de contenus illicites.

2° L'hyperlien et la circulation des contenus illicites en ligne

18. L'hyperlien joue un rôle central dans l'économie des contenus illicites en ligne[37]. Il est un moyen par lequel il est aisé de propager et de retrouver des contenus illicites : contenus contrefaisants, diffamants, terroristes ou encore pédopornographiques. Pour le lieur malintentionné, le lien présente effectivement des « vertus » pratiques incontestables puisqu'il peut mettre à disposition ce type de contenus sans reproduction préalable sur son propre site. Cela a pour effet de complexifier la mise en jeu de la responsabilité du lieur et la lutte contre la dissémination de contenus contrefaisants sur Internet.

19. Nous insisterons plus particulièrement sur la place essentielle de l'hyperlien dans la diffusion contrefaisante d'œuvres en ligne. Les acteurs sont multiples et variés[38]. Certains services d'agrégation de liens - parfois appelés fermes de liens - participent ainsi directement à la diffusion de contenus culturels contrefaisants. Le propre de ces fermes de liens est de ne pas héberger elles-mêmes ces contrefaçons mais

---

[33] Comp. European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301Final, Part 1, 14/09/2016, p. : « *online services distributing content uploaded by end-users and news aggregators, social media* » : v. également, Arrezo E., Hyperlinks and making available right in the European Union : What future for the Internet after *Svensson?*, IIC, Vol. 45, Issue n°5, 2014, p. 524, spéc., p. 2.

[34] CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, Conclusion de l'avocat général Niilo Jääskinen, 25 juin 2013, point 35.

[35] *Ibid*.

[36] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc.

[37] En matière d'offre culturelle illicite, v. notamment HADOPI, L'écosystème illicite des biens culturels dématérialisés, 2019.

[38] *Ibid*., p. 17.

d'indexer des liens permettant d'y accéder. Elles ont ainsi « *vocation à améliorer l'expérience utilisateur du consommateur en combinant au sein d'un même service de multiples sources de référencement de contenus illicites* ». Concernant ce type de services, il est possible de distinguer d'une part, les sites fournissant des liens vers des fichiers *peer-to-peer*, tels que le site *The Pirate Bay* et, d'autre part, les sites fournissant des liens vers des œuvres diffusées en streaming. Le modèle économique de ces services est, en substance, le suivant : l'audience, attirée par la gratuité des contenus illicites, est monétisée grâce à des bannières ou des liens publicitaires[39].

20. D'autres fournisseurs de liens contribuent également à la diffusion de contenus contrefaisant sans avoir « *une activité « nativement » illicite* »[40]. Tel est en premier lieu le cas des moteurs de recherche qui facilitent l'identification et l'accès par les internautes à des sites massivement contrefaisants. En second lieu, certains sites d'agrégation de liens, comme *Reddit*, et, plus largement, les réseaux sociaux permettent à leurs utilisateurs d'échanger des liens vers des contenus illicites. En matière de contrefaçon, cette pratique serait cependant marginale[41]. Évidemment, le modèle économique de l'ensemble de ces acteurs bénéficie de l'attrait des internautes pour l'illicite. La Commission cherche d'ailleurs de plus en plus à placer les moteurs de recherche et les agrégateurs de liens au centre des dispositifs visant à lutter contre la diffusion de ce type de contenus[42].

Voici présenté le décor dans lequel l'hyperlien s'insère au sein de la société européenne de l'information. Ses usages précédemment présentés, participent à la définition globale de l'hyperlien sur laquelle nous nous appuierons. Au-delà, une bonne compréhension des caractéristiques techniques de l'hyperlien s'avère également indispensable.

§ 2. - La diversité technique de l'hyperlien

21. Les usages de l'hyperlien qui viennent d'être décrits sont indissociables des aspects techniques. Ils permettent en effet de comprendre le succès et les avantages intrinsèques de l'hyperlien comme outil de partage de l'information. Pour cette raison, une bonne compréhension de cet aspect sera indispensable à

[39] Pour plus de détails, v. HADOPI, L'écosystème illicite des biens culturels dématérialisés, 2019.
[40] *Ibid.*
[41] *Ibid.*
[42] Commission européenne, Communication, lutter contre le contenu illicite en ligne. Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, COM (2017) 555 final, 28. 09.2017.

la lecture de la thèse. Dans cette optique, les différentes formes techniques de l'hyperlien (A) doivent être distinguées des procédés de création des hyperliens (B).

A. Les formes techniques de l'hyperlien

22. Si tous les hyperliens reposent sur une base technique identique (1), la mise en œuvre de cette technique peut, elle, varier et donner naissance à différents types de liens (2)

1° L'unité technique de l'hyperlien

23. L'hyperlien, le lien hypertexte, le lien hypermédia[43] ou plus simplement le lien, est une commande HTML[44] (par commodité nous n'emploierons dorénavant que les expressions « hyperlien » et « lien » car peu importe le terme usité pourvu que la définition soit commune[45]). Cette commande permet le renvoi vers un autre document de l'Internet, soit sur le site auquel appartient le lien, soit sur un autre site[46]. Le lien prend alors la forme d'un code HTML reproduisant l'adresse – ou nom de domaine – du site relié, qui est caché à l'internaute[47]. La partie visible du lien – autrement appelée pointeur – peut prendre la forme de l'adresse de la ressource liée comme par exemple https://www.imt-atlantique.fr, ou la forme d'une image, d'un logo ou d'un texte pouvant appartenir à la ressource liée[48]. Lorsque le lien n'est pas activé automatiquement[49] à l'ouverture d'une page web, l'utilisateur est normalement informé qu'il est en présence d'un hyperlien par le changement de forme du curseur (remplacé en général par une petite main)

---

[43] Lorsque le lien permet de connecter des données textuelles, visuelles ou sonores, il serait plus approprié de parler d'hypermédia. En ce sens Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion, Les Cahiers de la propriété intellectuelle, Vol. 9, n°3, p. 467, disponible sur : http://cpi.openum.ca/files/sites/66/Hypertextes-et-hyperliens-au-regard-du-droit-dauteur-quelques-éléments-de-réflexion.pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

[44] HTML est l'abréviation de HyperText Markup Language. Il s'agit du langage informatique permettant l'écriture des pages web au format HyperText, d'où ce langage tire son nom. C'est le format HyperText qui offre la possibilité de tisser des liens entre des documents adoptant ce format.

[45] En ce sens v. Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1990, éd. Litec, 355 p., p. 28, n°50, note 32. L'auteur note que dans le concept d'hyperlien, « *la forme d'expression des éléments reliés importe peu en dépit de ce que laisse penser la référence au « texte »* » ; v. aussi Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, préc., p. 12. À la vérité, la notion d'hypermédia serait la plus en adéquation avec l'objet que nous allons étudier car elle est une extension de l'hypertexte à des contenus multimédias, dont le texte (image, fixe ou animée, son etc).

[46] Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, préc., p. 4 ; Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, préc., p. 11.

[47] Il est également possible de substituer à l'adresse URL du site lié l'adresse IP. Elle comprend suite de chiffres de type 178.12.244.1 correspondant au numéro d'identification du serveur du site.

[48] L'instruction HTML permettant la création d'un hyperlien activable prend la forme suivante : forme du pointeur du lien* . Par exemple Site de la faculté de droit de Rennes1 donnera le lien « Site de la faculté de droit de Rennes1 ».

[49] Sur les liens automatiques voir *infra*, n°31.

et par un avertissement visuel en provenance du pointeur (soulignage, surbrillance du texte ou coloration bleue du texte, modification de l'image ou du logo, etc). En cliquant sur le pointeur, l'utilisateur est dirigé vers la ressource liée. En résumé, techniquement, l'hyperlien est « *une connexion, activable à la demande ou non, permettant de passer directement d'une partie d'un document numérique à une autre, ou d'un document numérique à un autre* »[50]. Au-delà de cette unité apparente, il s'avère que la technique du lien est protéiforme, en fonction de certaines variations du code HTML.

2° L'hétérogénéité de la mise en œuvre de la technique de l'hyperlien

24. La doctrine identifie généralement des types de liens selon la technique de liaison mise en œuvre et la forme du lien qui en résulte[51]. Par ailleurs, tous ces liens ne sont pas égaux du point de vue des problématiques juridiques qu'ils engendrent. De manière synthétique, nous distinguerons donc le lien dit « interne », qui ne soulève pas de problème juridique particulier (a), des divers types de liens « externes » qui seront, eux, au cœur de notre étude (b).

a) Les liens internes au site liant

25. Le lien interne est la forme la plus basique de l'hyperlien. Il permet de relier entre elles des ressources appartenant à une même collection. Sur Internet il s'agira d'un lien renvoyant vers une ressource issue du même site ou de la même page web. L'adresse URL utilisée dans ce type de liens est ainsi identique à celui du site sur lequel ils sont posés. Dans la mesure où cette catégorie d'hyperliens n'implique aucun contenu externe au site liant, ils paraissent insusceptibles d'enfreindre les droits qu'un tiers pourrait avoir sur ce contenu ou de modifier le schéma classique de la responsabilité liée à la publication en ligne. D'ailleurs, la doctrine estime en général plus ou moins explicitement que ces liens n'appellent pas d'analyse juridique particulière.

b) Les liens externes au site liant

26. Les liens externes, par opposition, concernent les liens renvoyant vers d'autres sites Internet, autrement dit vers d'autres adresses URL que celle à partir de laquelle le lien a été posé. Différentes sortes de liens

---

[50] Sardain F., Liens Hypertextes, JCl Communication, préc., v. points clés.

[51] Sur ce point en général, v. Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, préc. p. 13 et s ; Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, préc., p. 5 ; Lebeau-Mariana D., Référencement : risques et enjeux, Gaz. Pal. n°1,2001, p. 850 ; Tsoutsanis A., Why copyright and linking can tango, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9, n° 6, 2014, spéc., p. 497 ; Guilbault L., Pedro Quintais P., Copyright technology and the exploitation of audiovisual work, IRIS plus, n°4, 2014, p. 15 et s.

externes existent. Il faut d'abord mentionner le lien surface, qui a vocation à diriger l'utilisateur vers la page d'accueil de la ressource liée, ce qui doit avoir pour effet de rendre l'externalité de la ressource liée évidente.

27. *A contrario* certains liens externes ont pour effet relatif de masquer cette externalité, donc cette différence entre le site source et le site lié. Il en existe trois sortes : il s'agit du lien profond ou « *deep linking* » qui permet d'accéder directement à certaines pages ou éléments spécifiques du site lié sans passer par la page d'accueil, du lien cadre ou « *framing* »[52] qui consiste à afficher le contenu lié (image fixe ou animée, son, texte) dans un cadre depuis le site liant[53], et pour finir, l'« *in line linking* » qui revient à afficher sous forme d'images (photo, logo, graphique, texte, vidéo) le contenu lié à un endroit spécifique du site liant. Cette dernière technique permet, par exemple, le fonctionnement de certains moteurs de recherche d'images. Afin de permettre au lecteur de mieux se représenter ces différents types de liens, une représentation schématique en est proposée en annexe à cette introduction.

28. Nous rajouterons que l'ensemble de ces liens peut être activé automatiquement – nous parlerons alors de liens automatiques. Le lien automatique a pour propriété de s'activer sans que l'internaute n'intervienne par un clic sur le pointeur du lien. Le navigateur Internet va en effet déclencher automatiquement le renvoi au site lié à l'ouverture de la page web sur lequel ce type de lien a été posé[54]. L'automatisation a ainsi pour effet de masquer un peu plus l'emprunt fait au site cible par l'intermédiaire du lien. Au-delà de ces aspects relatifs aux techniques de liaison *stricto sensu*, les grands procédés de création de liens doivent être détaillés afin d'achever la définition écosystémique de l'hyperlien retenue dans cette étude.

B. Les différents procédés de création de liens

29. À la suite du Forum des droits sur Internet[55], deux procédés de création des hyperliens seront distingués : la création manuelle de liens (1) et la création automatique de liens (2). L'objectif est ici de délimiter la portée du sujet s'agissant des techniques de création de liens ainsi que des acteurs les mettant en œuvre.

---

[52] L'affaire Total News aux Etats-Unis, qui fut en 1997 l'une des premières à porter sur les hyperliens, concernait d'ailleurs le « *framing* ».

[53] Concrètement, la totalité ou une partie d'une page web externe va s'ouvrir dans un cadre appartenant au site liant. S'il n'est pas vigilant, l'internaute aura l'impression d'être sur le site lié alors qu'il reste bien sur le site liant. Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, 2011, Larcier, 238 p., p.119.

[54] FDI, Hyperliens : statut juridique, préc., p.12.

[55] FDI, Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?, 2003.

1° La création manuelle de liens

30. Dans le cas d'une opération technique telle que la création d'un hyperlien, l'adjectif « manuel » désigne littéralement ce qui est « exécuté à la main, sans l'aide d'une machine »[56]. S'agissant de l'hyperlien, le terme désigne les liens dont l'affichage a été rendu possible grâce l'intervention d'un être humain : soit ce dernier aura lui-même fourni le code HTML, soit il aura activé manuellement une fonction permettant l'affichage d'un tel lien, comme cela peut être le cas sur *Twitter* avec la fonction « Retweeter ». Ce mode de création de liens recouvre ainsi une réalité plurielle et disparate dont nous avons déjà décrit l'usage. Il peut s'agir de liens posés sur des blogs, des journaux en ligne ou encore des réseaux sociaux ou sur certaines plateformes sociales telles que *Facebook, Twitter ou Reddit*.

2° La création automatique de liens

31. La création automatique de liens peut se définir comme l'activité de « *toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'internet* »[57]. Comme nous l'avons expliqué, ce procédé de création d'hyperlien est au cœur des services de moteurs de recherche et de nombreux services d'agrégation d'information. Par certains aspects, il nous semble également qu'elle concerne les réseaux sociaux qui définissent automatiquement les conditions dans lesquelles les hyperliens présents sur leurs plateformes sont affichés à leurs utilisateurs.

32. Au niveau technique, la création automatique de liens implique différentes étapes ayant pour finalité de proposer un hyperlien vers un contenu jugé pertinent pour l'utilisateur[58]. La première de ces étapes est le « *crawling* » du web ou d'une partie de celui-ci. Elle consiste en la collecte d'informations sur un grand nombre de documents du web en vue de leur mobilisation ultérieure. À cette fin, un logiciel nommé « *crawler* » parcourt et copie, en partie ou en totalité, les pages du web. Une fois le « *crawling* » réalisé, les références ainsi acquises par le créateur automatique de liens sont indexées. Cette opération consiste à répertorier et classer les informations sur les pages du web qui ont été *crawlées* selon des critères

---

[56] Définition donnée par le CNRTL (Centre Nationales des Ressources Textuelles et Lexicales) à l'entrée « manuel ».

[57] FDI, Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?, 2003.

[58] Sur ces étapes v. Sire G., Les moteurs de recherche, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p. 19 et s. ; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., Rapport du CSPLA sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014 , p.7 et s. ; Van Hoboken J., Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, thèse, Amsterdam, 2012, 386 p., p. 40 et s. accessible à : https://dare.uva.nl/search?identifier=df2041ce-167d-4e00-9a06-c3937ec5acca. Dernier accès le 01/03/2019.

spécifiques à chaque outil.[59] À partir de cet index, le créateur automatique de liens exercera son traitement algorithmique afin d'associer les informations issues du *crawl* et de l'indexation aux informations issues de la sollicitation d'un internaute[60]. La dernière étape, rendue possible grâce aux précédentes, consiste en la présentation à l'internaute de résultats sous forme de liens naturels. L'ordre et la structure des différents hyperliens ainsi affichés dépendent, ici encore, de multiples critères propres à chaque outil et à leur interface particulière[61]. Nous noterons toutefois que, de plus en plus, les résultats sont personnalisés en fonction de ce que le créateur automatique de liens sait de l'utilisateur et de son comportement en ligne[62].

33. Les liens commerciaux affichés en parallèle des résultats naturels sont pareillement générés à l'aide d'un traitement algorithmique visant à associer la sollicitation de l'internaute à la publicité choisie. Le mécanisme est le suivant : l'annonceur achète les mots clés de son choix auprès du service de recherche ou d'agrégation de contenu. Lorsque la requête ou, plus généralement l'activité de l'internaute, peut être associée au mot clé choisi par l'annonceur, le créateur automatique de liens affiche un lien publicitaire renvoyant vers le site de l'annonceur.

La conception de l'hyperlien que nous retenons est à présent établie. En conséquence, il nous est désormais possible d'envisager le problème juridique de la place de l'hyperlien au sein du droit européen de la communication par Internet.

Section 2. - La place de l'hyperlien dans le droit européen de la communication par Internet

34. La question de l'appréhension juridique se pose généralement à l'endroit d'objets qui, bien que générant de nombreux enjeux juridiques, ne se sont vus accorder aucun traitement spécifique par le droit. Tel est le cas de l'hyperlien en droit de l'UE. Bien que ce dernier soit une composante essentielle de la société européenne de l'information, aucun texte de l'acquis communautaire ne régit spécifiquement son statut juridique. Dans une perspective comparatiste, il s'agit d'une différence majeure entre le droit de l'UE et le droit américain puisque le Digital Millenium Copyright définit le régime de responsabilité des fournisseurs de liens en matière de contrefaçon[63]. Certains États membres de l'UE comme l'Autriche,

---

[59] Sire G., Les moteurs de recherche., *op. cit.*, p. 22.
[60] *Ibid.*
[61] *Ibid.*, p. 23 et s.
[62] *Ibid.*, p. 27.
[63] V. 17 U. S. C. § 512 (d).

l'Espagne, le Portugal ou encore la Hongrie ont également prévu des dispositions similaires[64]. Toutefois, Internet n'étant pas un lieu de non-droit, l'hyperlien a vocation à être saisi par les règles générales du droit européen de la communication sur Internet, droit qui constituera notre champ d'étude (§1). Cette délimitation effectuée, nous serons alors en mesure d'envisager la problématique entourant l'appréhension juridique de l'hyperlien en droit de l'UE (§2).

§ 1. - L'hyperlien saisi par le droit de la communication par Internet

35. Afin de délimiter le champ juridique dans lequel notre sujet s'inscrit, une présentation des différents textes du droit de la communication par Internet potentiellement utiles à l'appréhension juridique de l'hyperlien doit être effectuée (A). Il nous faudra tout autant souligner l'importance de la jurisprudence de la CJUE s'agissant de l'application de ces textes à l'hyperlien. Nous constaterons en effet, au cours de cette thèse, qu'il est revenu à la CJUE de préciser le statut juridique du lien, dans différents domaines du droit, à l'occasion de préjudicielles posées par les juridictions nationales (B).

A. L'applicabilité des textes du droit de la communication par Internet

36. À titre liminaire, soulignons que le droit de la communication et, *a fortiori*, le droit de la communication par Internet ne constituent respectivement ni une branche ni une sous branche du droit aussi affirmée que peuvent l'être certaines[65]. Il n'en demeure pas moins que, dans le cadre d'une étude portant étroitement sur un outil de la communication sur Internet, il est impératif de délimiter aussi précisément que possible l'espace juridique dans lequel cette communication s'insère. Par ailleurs, nombre d'ouvrages se revendiquent expressément du droit de la communication par Internet ou, plus étroitement, du droit de la communication numérique[66] ou droit de l'Internet[67]. Ces références attestent qu'il n'est pas

---

[64] Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702 final, 23/11/2003, p. 14.

[65] V. Derieux E., Droit des médias, droit français, européen et international, 6ème éd, 2010, Lextenso éditions, L.G.D.J, 1146 p., n°1 et s.

[66] Dreyer E., Huet J., Droit de la communication numérique, 2011, LGDJ, coll. Manuel, 384 p.

[67] Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, 2ème éd., 2012, L.G.D.J, coll. Cours., 490 p. ; Feral-Schul C., Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2012, 6ème édition, Dalloz, coll. Praxis, 1100 p. ; Bruguière J-M., Desprez P., Fauchoux V., Le droit de l'Internet. Lois, contrats et usages, 2017, 6ème éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 445 p. ; Law and the Internet, Edwards L., Waelde C (éd)., 2009, 3ème éd., Hart Publishing, 713 p.

inopportun de se référer à ce champ juridique[68]. À la suite de Boris Barraud, il est possible de définir le droit de la communication par Internet comme l'ensemble des « *normes juridiques applicables aux échanges d'informations, publiques ou privées, entre un/des émetteur(s) et un/des récepteur(s) ou entre des interlocuteurs au moyen de l'internet, donc au moyen de la suite de protocoles TCP/IP* »[69]. Au sein de l'Union européenne, le droit ayant vocation à s'appliquer est, en premier lieu, le droit posé par les traités. Par ailleurs, le droit de la communication par Internet prend également sa source dans un droit dérivé de plus en plus conséquent.

37. Tout d'abord, ce sont les traités et en particulier les règles relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service qui ont vocation à régir la communication par Internet. Complémentaire des libertés de circulation, la régulation concurrentielle, par l'intermédiaire des articles 101 et 102 du TFUE, est également particulièrement adaptée à l'encadrement des marchés de l'Internet. Les libertés fondamentales reconnues par les traités, telles que la liberté d'expression et de communication, la liberté d'entreprendre ou la protection des données personnelles et de la vie privée[70] sont elles aussi au cœur de la régulation de l'Internet. L'un des enjeux de notre thèse étant l'appréhension de l'activité de lier en terme de liberté, il nous faut insister sur le fait que ces droits fondamentaux seront centraux au sein de cette étude.

38. Au-delà du droit primaire, le droit de la communication par Internet trouve sa source principalement au sein du droit dérivé de l'UE. Il se structure autour d'un ensemble de règles composites, qui concernent tant le contenant que les contenus de l'Internet[71]. Cette *summa divisio* pose un corps de règles propre aux messages et aux services *i.e.* les contenus d'une part, et d'autre part, des règles spécifiques aux réseaux et aux infrastructures sur lesquels les contenus circulent *i.e.* le contenant[72]. Ces deux corps de règles sont

---

[68] V. également sur ce point la thèse de Boris Barraud : Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p. La délimitation du champ de notre étude est d'ailleurs étroitement liée à la définition du droit de la communication par Internet donné par l'auteur de cette thèse.

[69] Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, 617 p., p. 92.

[70] En ce sens, Commission européenne, le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'information du 19/07/1995, COM (95)382 Final, point 74 et s.

[71] Blandin A., Communications électroniques et nouveaux médias : quelle architecture juridique pour l'Europe ?, Leçon inaugurale du 22 novembre 2011, accessible à http://www.imt-atlantique.fr/lexians/wp-content/uploads/2011/09/Leçon-inaugurale-Annie-Blandin-chaire-européenne-Jean-Monnet-20111.pdf. Dernier accès le : 01/03/2019.

[72] Comp. Directive 2002/21/CE/du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive cadre »), considérant 5 : « *il est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus. Ce cadre ne s'applique donc pas aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques, tels que les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services propres à la société de l'information* ».

certes distincts mais œuvrent tous deux au développement de la société de l'information[73], ce qui justifie de les envisager au sein d'une même branche du droit au plan européen.

39. Le droit du contenant - ou plus classiquement le droit des réseaux de communication électronique - est le droit du support de la communication par Internet. Il concerne le droit applicable aux infrastructures, supports techniques nécessaires à l'acheminement d'une communication électronique, dont la communication sur Internet. Régi par le cadre européen des communications électroniques, dit « Paquet Télécom », récemment codifié[74], il est composé de cinq directives et de deux règlements, qui encadrent les réseaux de communications électroniques ainsi que les services de communications électroniques permettant la transmission de signaux sur ces réseaux[75]. Nous y ajouterons également le règlement (UE) 2015/120 pour la partie concernant la neutralité d'Internet et modifiant la directive « service universel »[76], qui constitue l'une des cinq directives précitées. Ce cadre a donc un périmètre plus large que l'Internet puisqu'il s'adresse à l'ensemble des services de communications électroniques, dont la communication par Internet n'est qu'un type. Ainsi compris, le droit du contenant de l'Internet, qui concerne le réseau en tant qu'infrastructure physique paraît assez éloigné de l'hyperlien. Ce dernier, puisqu'il intervient au niveau des contenus de l'Internet, semble plus susceptible de se voir appliquer les normes relatives à la réglementation des contenus. Néanmoins, ce droit du contenant pourra être incidemment évoqué au cours de notre étude, dès lors que certains de ces concepts ou notions peuvent susciter un intérêt particulier pour l'appréhension juridique de l'hyperlien.

40. S'agissant du droit des contenus de la communication par Internet, l'acquis européen est conséquent dans la mesure où l'Union est compétente pour intervenir dans ce domaine, notamment au titre de la

---

[73] Blandin A., Communications électroniques et nouveaux médias : quelle architecture juridique pour l'Europe ? préc. D'une manière générale, les déclarations d'orientation politique de la Commission européenne relatives au numérique sont structurées autour de cette dichotomie relative entre contenus et contenant. Pour un exemple récent v. Commission européenne, Stratégie pour un marché unique en Europe du 06/05/2015, COM 2015 (192) Final.

[74] Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018, JOUE n° L 36 du 11/12/2018, p. 36.

[75] Directive n° 2002/22/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 dite « service universel », JOCE n° L 108 du 24/04/2002, p. 51 telle que modifiée par le Règlement (UE) 2015/2120 du 25/11/2015 ; Directive n° 2002/20/CE du Parlement et du Conseil du 07/03/2002 dite « autorisation », JOCE, n° L 108, 24/04/2002, p. 21 ; Directive n° 2002/19/CE du Parlement et du Conseil du 07/03/2002 dite « accès », JOCE n° L 108, 24/04/2002, p. 7 ; Directive n° 2002/58/CE, 12 juillet 2002 du Parlement et du Conseil dite « directive vie privée et communications électroniques », JOUE n° L 201, 31/07/2002, p. 37.

[76] Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JOUE n° L 310 du 26/11/2015, p.1.

réalisation du marché intérieur[77]. Nombre d'actes de droit dérivé de l'Union peuvent ainsi être mobilisés. Il peut s'agir de textes spécifiques à l'Internet comme la directive sur le commerce électronique[78] ou la directive sur le droit d'auteur et le droit voisin dans la société de l'information dite « InfoSoc »[79]. Cette dernière devrait d'ailleurs être prochainement complétée par la directive DAMUN[80]. Récemment et définitivement adoptée par le Parlement européen[81], cette directive est particulièrement importante au regard de l'appréhension juridique des hyperliens : elle contient des dispositions qui pourraient en limiter certains usages. Outre ces textes verticaux, l'Internet est régi par des normes horizontales, qui ne lui sont pas spécifiques.

41. Certaines de ces normes sont particulièrement susceptibles de concerner une étude portant sur l'appréhension juridique de l'hyperlien. Il s'agit en premier lieu des textes relevant du domaine de la propriété intellectuelle : la directive sur la protection juridique des bases de données[82] ou encore la directive sur le droit des marques[83]. En deuxième lieu, seront mobilisés au sein de cette étude les textes ayant vocation à régir les plateformes en ligne puisque certaines d'entre elles, comme les moteurs de recherche, sont des fournisseurs de liens. Dans cette perspective, plusieurs sources de droit dérivé retiendront notre attention : le règlement général sur la protection des données applicable depuis le 25 mai 2018[84], la directive sur la protection des données personnelles et de la vie privée[85] que le règlement précité a

---

[77] Les bases juridiques sollicitées par le législateur européen sont diverses et fonction du domaine dans lequel il entend intervenir. La plus fréquemment utilisée est celle de l'article 114 TFUE (ex-article 95 TCE) concernant le rapprochement des législations en vue de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. On peut également citer l'article 16§1 du TFUE sur la protection des données personnelles.

[78] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n° L178 du 17/07/2000, p.1.

[79] Directive n° 2001/29/CE, du Parlement 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, JOCE n° L 167 du 22/06/2001, p.10.

[80] Pour la version initiale de la Commission européenne, v. Commission européenne, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM 2016 (593) Final du 14 septembre 2016.

[81] Pour la version adoptée par le Parlement européen, v. Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231. Cette version devrait être celle qui entrera en vigueur lorsque le Conseil de l'UE l'aura approuvée. Cette version diffère de celle proposée par la Commission européenne tant par son contenu que par la numérotation des articles.

[82] Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1996, p. 20.

[83] Directive (UE) n°2015/2436 du Parlement et du Conseil, du 16 décembre 2015, rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOUE L336 du 23/12/2015, p.1.

[84] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE L 119 du 04/05/2016, p. 1.

[85] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23/11/1995, p.31.

remplacée[86], la directive service de médias audiovisuels (SMA)[87], récemment modifiée par la directive 2018/1808[88] et, enfin, la directive sur les pratiques commerciales déloyales[89]. En troisième lieu, certaines propositions de textes, actuellement en cours d'adoption, seront également intégrées à cette étude dès lors que l'activité de fourniture de liens peut être concernée. Tel est le cas de la proposition de règlement visant à promouvoir l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne[90] ainsi que de la proposition de directive dite « nouvelle donne pour les consommateurs »[91].

42. Par ailleurs, certains actes non législatifs ont aussi vocation à être applicables dans le contexte d'une étude sur l'hyperlien. Il en va ainsi des diverses orientations fixées par la Commission européenne, qui visent à accompagner la mise en œuvre des actes législatifs composant le droit européen de l'Internet. Certaines de ces orientations auront une valeur prescriptive, telle que la communication de la Commission européenne sur la lutte contre les contenus illicites dans le contexte des plateformes en ligne[92], tandis que d'autres auront une valeur interprétative, telles que les orientations concernant la mise en œuvre de la directive sur les pratiques déloyales[93]. Sont tout autant concernées certaines réglementations privées[94] relevant de la *soft law* : il s'agit principalement de chartes ou de codes de conduite, comme le « Code de

---

[86] Cette directive, qui n'est plus applicable reste néanmoins importante pour notre thèse : certains arrêts de la CJUE, importants en matière d'hyperlien ont en effet été rendus sur cette base.

[87] Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») JOUE n° L 95 du 15 avril 2010, p. 1.

[88] Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché JOUE L 303 du 28/11/2018, p. 69.

[89] Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/Cet 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JOCE L 149 du 11/06/2005, p. 22.

[90] Commission européenne, Proposition de règlement au Parlement et au Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM (2018) 238 Final, 26/04/2018.

[91] Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, COM (2018) 185 Final du 11/04/2018.

[92] Commission européenne, Communication « Lutter contre le contenu illicite en ligne. Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », COM (2017) 555 Final du 28/09/2017.

[93] Document de travail des services de la Commission sur les orientations concernant la mise en œuvre de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales, SWD (2016) 163 Final du 25 mai 2016.

[94] Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, *op. cit.*, p. 96 et s ; v. également Duong L., Le pluralisme des sources du droit sur Internet *in* Boy B., Racine J-B., Sueur J-J (dir.), Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, 2011, Larcier, 526 p., spéc., p. 197 ; Duong L., Les sources du droit de l'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau, Rec. Dalloz, 2010, p. 783 ; Bensamoun A., Zolynski C., La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des intermédiaires techniques, RLDI, n°75, 2011.

conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne »[95]. L'ensemble de ces actes non législatifs ne sont normalement pas dotés d'effet contraignant. En dépit de ce fait, ils seront pleinement intégrés à notre étude en raison de leur capacité à influencer le comportement des acteurs et de leur rôle désormais central dans la régulation des contenus en ligne au sein de l'UE[96].

43. Ainsi qu'en témoignent les nombreuses sources du droit convoquées, le champ juridique concerné par notre thèse est extrêmement vaste et n'est pas destiné à être mobilisé dans son ensemble. Le droit du contenu de la communication par Internet et ses composantes, et dans une mesure moindre le droit du contenant, ne seront sollicités qu'en considération des questions particulières que l'hyperlien est susceptible de leur adresser. En outre, cette thèse étant une étude de droit de l'Union européenne, l'ensemble du droit applicable à l'hyperlien ne sera pas traité. Les normes et questions relevant de matières où seuls les États membres sont compétents sont exclues de notre champ d'étude. Le droit commun de la responsabilité délictuelle lié à la concurrence déloyale ou au parasitisme, qui pourrait servir à appréhender les préjudices résultant d'un hyperlien « fautif », ne sera donc pas évoqué. Dans la même optique, sont écartées de cette thèse la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité pénale, y compris en ce qui concerne les infractions de presse[97].

Il nous faut désormais souligner l'importance de la jurisprudence de la CJUE pour cette étude. En effet, à défaut de texte régissant spécialement l'hyperlien, il est revenu au juge d'appliquer les règles du droit de la communication par Internet à l'hyperlien.

B. L'application des textes du droit de la communication par Internet par la Cour de justice de l'Union européenne

44. La part du droit d'origine jurisprudentielle est tout à fait remarquable dans le domaine de l'Internet[98], ceci étant particulièrement manifeste en droit de l'Union européenne[99]. Le constat n'est guère surprenante

---

[95] Accessible à : http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

[96] Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, préc.

[97] Les questionnements relatifs à l'application de ces matières à l'hyperlien ont déjà fait l'objet de conséquents développements doctrinaux, notamment en France. V. notamment, Sardain F., Liens Hypertextes, JCl Communication, préc. ; Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., n° 1145 et s., n° 1171.

[98] Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, *op. cit.*, p. 455 et s.

[99] Pour des illustrations de l'importance de la Cour de justice de l'UE dans l'élaboration du droit de l'Internet, v. Jääskinen N., Internet et la Cour de justice *in* Tizzano A., Rosas A., Silva de La Puerta R., Lenaerts K et Kokott J (dir.), Liber Amicorum Vassilios Skouris, 2015, Bruylant, 756 p., p. 25 ; Bonichot J-C., La cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles technologies de l'information : vers une cour 2.0, LPA n°53, p.8. ; Lenaerts K., The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014), Elte law Journal, n°1, 2014, p. 9.

car le caractère intrinsèquement mouvant et évolutif de l'Internet impose aux juges de pallier l'inertie du législateur et de remédier aux lacunes de la loi[100]. Plus souple et plus flexible, la jurisprudence serait également mieux qualifiée pour appréhender les spécificités de l'Internet[101]. Un auteur a d'ailleurs estimé que « *le droit de l'internet se construit progressivement, essentiellement par le biais de la jurisprudence* », donnant l'exemple du nom de domaine, « *qui est passé du statut « d'objet juridique non identifié » à celui de signe distinctif* »[102]. Tantôt interprète, tantôt créatrice de normes[103], la jurisprudence tient ainsi un rôle fondateur dans le domaine du droit de l'Internet.

45. L'étude de l'hyperlien en droit de l'Union confirmera cette tendance : la délimitation du statut de l'hyperlien au regard de certaines des règles composant le droit européen de la communication de l'Internet découle presque exclusivement de la jurisprudence de la CJUE. Nous citerons, à titre d'illustration, les arrêts les plus marquants qui jalonneront cette thèse : l'arrêt *Google Adwords*[104] en ce qui concerne à la fois le droit des marques et la responsabilité du moteur de recherche, les arrêts *Svensson*[105] et *GS Media*[106] s'agissant de l'opposabilité du droit de communication au public à la pose d'un hyperlien, l'arrêt *Innoweb*[107] s'agissant de l'opposabilité du droit *sui generis* sur les bases de données à un métamoteur de recherche dédié, ou encore l'inévitable arrêt *Google Spain*[108] concernant le droit au déréférencement dans le cadre de la protection des données personnelles.

§ 2. - La nécessité d'évaluer l'appréhension juridique de l'hyperlien en droit de l'UE

46. Le fait que l'objet de cette thèse soit l'appréhension juridique de l'hyperlien pourrait, de prime abord, sembler incongru. Effectivement, le terme « appréhension » ne fait pas partie du vocabulaire juridique. Selon le dictionnaire de la langue française, l' « appréhension » renvoie, dans son sens premier, au fait de

---

[100] Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, *op. cit.*, 473 et s.

[101] Sirinelli P., Introduction, L'innovation technologique, Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, La documentation française, 2006, p. 50, spéc., p.49.

[102] Duong L., Les sources du droit de l'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau, préc., n°17.

[103] Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, *op. cit.*, 463 et s.

[104] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, p. I-02417, point 102.

[105] CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson e. a,* Rec. général.

[106] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS *Media*, Rec. général.

[107] CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, Rec. général.

[108] CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général.

saisir par l'esprit, à la compréhension[109]. Au sens philosophique, il s'agirait de l'opération par laquelle l'esprit atteint un objet de pensée simple[110]. Le terme ne semble donc guère avoir de portée juridique. Il est pourtant fréquemment employé par la doctrine juridique pour désigner la possibilité de déterminer, en cohérence, les règles juridiques applicables et la manière dont celles-ci doivent être appliquées à un objet nouveau ou singulier, non expressément inscrit dans le droit positif, et dont la spécificité menace la stabilité et la prévisibilité du droit. Il s'agit ainsi d'évaluer la capacité du droit à traiter de manière globale et systématique les enjeux juridiques soulevés par cet objet à l'aide de règles juridiques qui ne sont pas spécifiquement prévues à cet effet. Pour prendre des exemples récents relevant du cyberespace, le « Big data »[111] ou la « Blockchain »[112] ont également vocation à être appréhendés juridiquement. Dans le domaine de l'Internet, la question de l'appréhension juridique portera le plus souvent sur le point de savoir si l'application du droit doit permettre, voire stimuler le développement de la technologie considérée, la protéger ou, au contraire, en limiter le développement.

47. Dans cette perspective, l'appréhension juridique de l'hyperlien est une nécessité tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. L'hyperlien, s'agissant des aspects techniques comme de ses usages, soulève des enjeux juridiques qui apparaissent contradictoires. D'un côté, la liberté de lier, qui est la possibilité de créer un lien sans autorisation, ou sans contrepartie spécifique[113], serait indispensable au fonctionnement de l'Internet tant d'un point de vue culturel qu'économique. À travers la liberté de lier, l'hyperlien est destiné à jouer un rôle fondamental en matière de libre circulation de l'information et de la connaissance au sein de la société européenne de l'information. Nous pouvons, en conséquence, s'attendre à ce qu'une appréhension juridique de l'hyperlien en droit de l'Union européenne favorise, voire protège la liberté de lier.

48. D'un autre côté, cette liberté peut être considérée comme une source de risques auxquels le droit devrait imposer des limites. Nous avons constaté précédemment que certains usages du lien reposent sur une « *logique privatiste et marchande* »[114], en particulier lorsque l'hyperlien est le fait de grandes plateformes comme les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information. Dans ce contexte, l'hyperlien permet de tirer profit de contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle. La question

---

[109] Dictionnaire de la langue française, Petit Robert.

[110] *Ibid*.

[111] Bensamoun A., Zolynski C., *Cloud computing* et *big data*. Quel encadrement pour ces nouveaux usages des données personnelles ?, Réseaux, Vol. 189, n°1, 2015, p. 103. Dans cet article, les occurrences des termes « appréhension » et « appréhendé » sont particulièrement nombreuses et illustrent convenablement notre propos.

[112] Delpech X., La délicate appréhension de la Blockchain par le droit, AJ Contrat, n°6, 2017, p. 2 44.

[113] Rappr. la définition d'une ressource libre donnée Lawrence Lessig, Lessig L, L'avenir des Idées, 2005, PUL, 414 p. 17.

[114] Mendoza-Caminade A., Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte, RLDI n°39, 2008.

est alors de savoir si la création d'un lien vers un contenu protégé correspond à un usage interdit par le droit de la propriété intellectuelle. Si tel devait être le cas, la liberté de lier s'en trouverait fortement amoindrie : nombre de contenus présents sur Internet sont effet protégés par un droit de la propriété intellectuelle, essentiellement par un droit de marque ou un droit d'auteur. Dans une perspective similaire, l'hyperlien soulève un enjeu relatif à la diffusion de l'information : le droit de l'UE a-t-il vocation à encadrer l'hyperlien de manière spécifique en tant qu'il participe à la diffusion d'informations en ligne ? Il est par exemple le moyen par lequel les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux donnent, à leurs utilisateurs, accès à des contenus illicites en tous genres. À l'heure des fausses information - ou *fake news* -, l'hyperlien agit aussi comme un amplificateur, en facilitant la propagation des fausses informations. Or la lutte contre la diffusion de ce type de contenu fait partie des priorités de l'UE dans le domaine du numérique[115].

49. L'évaluation de la liberté de lier, des limites à cette liberté ainsi que de l'articulation entre ces deux extrêmes apparaît fondamentale à maints égards : elle l'est d'abord pour le droit de l'Union européenne ; cette évaluation permettra de mieux décrire et comprendre l'application du droit de l'UE à l'hyperlien. Elle l'est également pour l'écosystème de l'Internet dont la structure et le fonctionnement reposent largement sur l'hyperlien. Elle l'est enfin pour l'ensemble des acteurs de la création de liens, actifs ou passifs. Cette évaluation, qui n'a pas encore été menée sur le terrain du droit de l'UE, permettra à ces acteurs, fournisseurs de liens comme éditeurs de contenus, de mieux déterminer ce qui leur est autorisé ou interdit à l'échelle de l'Union, dans un domaine aujourd'hui largement européanisé. En conséquence, *l'objectif premier de cette thèse sera d'évaluer en quoi et dans quelle mesure le droit de l'UE est favorable à la liberté de lier ou est, au contraire, disposé en limiter l'existence ou l'exercice*.

50. Par ailleurs, la multiplicité des régimes juridiques applicables à l'hyperlien, ainsi que leur éventuelle application par la CJUE, pose le problème de la cohérence de l'appréhension juridique de l'hyperlien[116]. Il est en effet à craindre que l'appréhension de l'hyperlien, du point de vue de la liberté de lier, varie en fonction des matières juridiques concernées et des enjeux qui s'y rattachent. Au plan de la cohérence du droit, une telle appréhension juridique n'apparaitraît guère satisfaisante. À cet égard, notre second objectif sera de *déterminer si l'appréhension juridique de l'hyperlien sous l'angle de la liberté de lier permet de décrire de manière cohérente et systématique l'application du droit de l'UE à l'hyperlien*. Dans ce

[115] V. notamment Commission européenne, Communication « Lutter contre le contenu illicite en ligne. Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », préc.

[116] Sur l'importance de la cohérence en droit, Atias C., Épistémologie juridique, 2002, Dalloz, coll. Précis, 240 p., n°330 et s. ; Bergel J-L., Méthodologie juridique, 3ème éd. 2018, P.U.F, coll. Thémis, 469 p. spéc., n°8 ; Lenoble J., La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin McCormick, Arch. Phil. du droit, Tome 33, 1988, p. 120 , spéc., 127 et s.

contexte, on s'interrogera sur la nécessité d'établir des distinctions en considération des usages de l'hyperlien, par exemple en fonction de leurs natures commerciales, des techniques de liaisons ou encore des procédés de création de liens. Il pourra ainsi être intéressant de déterminer si l'appréhension juridique de l'hyperlien a vocation à varier selon le type d'acteurs concernés : créateur manuel de lien, moteur de recherche ou réseau social. Au regard de cette exigence de cohérence, nous évaluerons également la nécessité, à titre prospectif, d'une modification du droit positif, là où les normes actuelles ne semblent pas suffire pour appréhender l'hyperlien de manière satisfaisante.

51. Plan. - Comment convient-il alors d'exposer le sens de l'appréhension juridique de l'hyperlien en droit de l'UE ? Nous nous écarterons des canons de la recherche en droit, qui consiste souvent à façonner une notion à partir de l'étude des textes et de la jurisprudence pour ensuite établir les règles qui en régissent la mise en œuvre. De prime abord, l'hyperlien présente en effet la particularité d'avoir « *une nature juridique insaisissable car il n'est pas assimilable à une catégorie préexistante de droit* »[117] et car il n'existerait « *qu'à la mesure de l'élément auquel il renvoie* »[118]. De surcroît, l'hétérogénéité technique de l'hyperlien, conjuguée à la variété de ses usages et des enjeux qu'ils soulèvent, semble incompatible avec une méthode de recherche classique. Au regard de l'ambition qui est la nôtre au sein de cette thèse, et qui est déterminer en cohérence les contours de la liberté de lier, une approche par les enjeux soulevés, en fonction des finalités de l'appréhension juridique de l'hyperlien, paraît plus appropriée.

52. Dans cette optique, le droit européen de la propriété intellectuelle est destiné à jouer un rôle de premier plan. Deux observations connexes tendent à expliquer cette prééminence. La première tient à la nature des droits de propriété intellectuelle : il s'agit de droits exclusifs qui offrent la possibilité à leurs titulaires d'interdire toute exploitation de l'objet protégé, en ligne ou hors ligne. Or le lien peut être un moyen d'exploitation des valeurs immatérielles présentes sur Internet, essentiellement des œuvres ou des marques. Se pose donc la question de savoir si le droit européen de la propriété intellectuelle peut et doit laisser l'activité de lier à l'écart de toute logique d'autorisation, par essence opposée à la liberté de lier[119] ou si, au contraire, la création de liens doit faire partie des marchés réservés et des modes d'exploitation couverts par le droit de la propriété intellectuelle. Cette proximité naturelle entre l'hyperlien et le droit de la propriété intellectuelle nous mène à notre seconde observation : la protection des droits de propriété

---

[117] Mendoza-Caminade A., Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte, préc.

[118] *Ibid*.

[119] Comp. Lécuyer G., Liberté d'expression et responsabilité, 2016, Dalloz coll. Nouvelles bibliothèques de Thèse, 611 p. n°11 ; V. également sous l'angle de la théorie du droit Lessig L., L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques, P.U.L, 2005, 414 p., p.17 ss note 18 : « *Au regard de la théorie du droit, une ressource peut être « libre », free, de deux façons distinctes. Soit parce que personne n'a le moindre titre pour la revendiquer, soit parce que, si quelqu'un a le droit de la revendiquer, elle est sujette à une règle de conditionnalité (liability) plutôt que de propriété* ».

intellectuelle étant au cœur de la construction de la société européenne de l'information, c'est fort logiquement que le droit européen tend à appréhender l'hyperlien principalement au prisme de cette branche du droit. En témoignent le développement d'un contentieux propre à l'hyperlien ainsi que l'actualité législative. L'hyperlien est en effet au cœur des débats et controverses qui ont animé l'adoption de la directive DAMUN[120]. En conséquence, la première partie de notre étude abordera la question fondamentale du rapport du lien à la propriété intellectuelle. Nous soutiendrons à cet égard que se développe une liberté de lier au regard du statut du lien en droit européen de la propriété intellectuelle (**PARTIE 1**).

53. Si le droit européen de la propriété intellectuelle permet d'envisager la question de l'appropriation par l'hyperlien de la valeur économique des contenus liés, ce droit ne permet pas d'appréhender directement les questions relatives à la diffusion, ou plus exactement à la dissémination par l'hyperlien de « *contenus illicites, lacunaires ou non conformes à l'attente légitime des usagers* »[121]. Or le contrôle opéré sur la circulation de tels contenus est également l'une des priorités européennes dans le cadre de la société de l'information. Ce contrôle peut se concevoir, à l'échelle de l'Union, sous l'angle de la responsabilité juridique et du droit de la régulation, en tant qu'ils seraient chargés respectivement d'encadrer ou de prévenir des comportements déviants. À ce titre, un tel encadrement ne saurait *a priori* conduire à une limitation de nature à exclure la liberté de lier, au contraire des droits de propriété intellectuelle[122]. Il reste néanmoins susceptible d'influencer les conditions de création des liens et participe, de ce fait, à leur appréhension juridique en droit de l'Union européenne. En ce qui concerne la question de la diffusion des contenus sur Internet, nous montrerons que la liberté de lier, établie dans la première partie, est encadrée de manière différenciée (**PARTIE 2**).

---

[120] Pour la version initiale : Commission européenne, v. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 final, 14/09/2016 ; Pour la version adoptée par le Parlement européen et qui devrait être la version qui entrera en vigueur à l'issue de son approbation par le Conseil de l'UE, v. Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

[121] Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, Cahier du CRID n°19, p. 273.

[122] V. Lessig L., L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques, *op. cit.*, p. 17 ss note 18.

ANNEXE : Représentation schématique et technique des principaux types d'hyperliens

- **Liens simples :**

Deux liens simples peuvent être distingués selon leur forme.

Le lien peut être écrit de la manière suivante : <a href= http://www.curia.europa.eu >. Dans ce cas le lien prendra la forme brute du nom de domaine de la ressource liée. Il sera affiché à l'utilisateur sous la forme :

www.curia.europa.eu

Dans une forme plus élaborée, le lien simple peut également s'écrire : Site de la CJUE. Il sera affiché à l'utilisateur sous la forme :

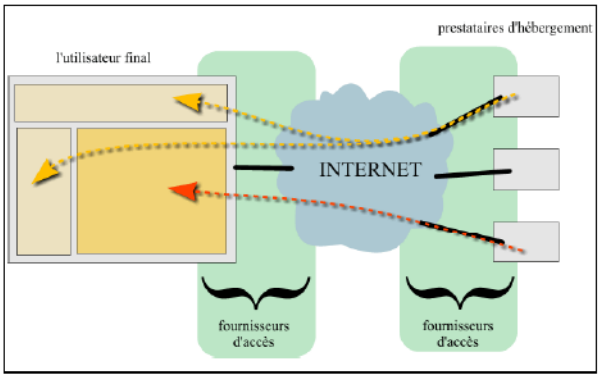
Site de la CJUE

Dans cet exemple le pointeur correspond à un mot générique. Il pourrait aussi prendre la forme d'un titre d'œuvre, d'une phrase, d'un logo ou d'une image.

- **Liens transclusions :**

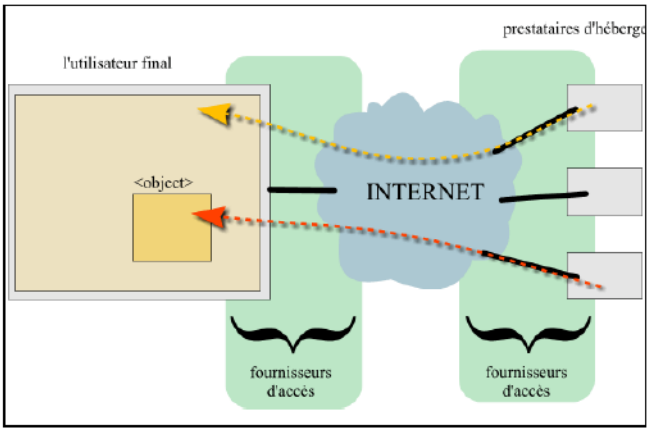
Ce sont les liens qui affichent la ressource liée directement depuis le site liant. Ils peuvent l'être de deux manières : au sein d'un cadre, visible ou non, ce que l'on appelle le *framing* ; ou au sein d'un endroit spécifique du site liant, ce l'on appelle l'*in line linking*.

- Transclusion par liens « cadre » ou *frame*. Usage dit du « *framing* ».



(Source : Forum des droits sur Internet, Hyperlien : statut juridique, 2003)

- Transclusion par *in line linking*



(Source : Forum des droits sur Internet, Hyperlien : statut juridique, 2003)

PARTIE 1: Une liberté de lier émergente au regard du statut de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle

54. Les droits de propriété intellectuelle sont des droits conférant une propriété incorporelle sur certaines créations de l'esprit, permettant à leur titulaire de les exploiter à titre exclusif[123]. Des telles prérogatives offrent ainsi le droit d'interdire et donc d'autoriser l'usage de la création protégée. Il en découle que ces droits sont susceptibles d'entraîner un phénomène de réservation et d'exclusivité sur un élément porté par une communication, y compris lorsqu'elle est réalisée à l'aide d'un hyperlien. Ces droits exclusifs pourraient de ce fait s'ériger en limite à la liberté de lier.

55. En effet, si l'hyperlien empiétait sur un droit de propriété intellectuelle, le créateur de ce dernier serait dans l'obligation d'obtenir l'assentiment du titulaire de droit sur l'élément protégé. La liberté de lier dépendra alors du point de savoir si cet empiètement est un effet de l'activité de lier en général et par principe, ou s'il doit être établi au cas par cas, en fonction de circonstances particulières[124]. Si la mise en jeu d'un droit de propriété intellectuelle devait être un effet de l'activité, les titulaires de droit pourraient virtuellement exercer un contrôle généralisé sur la création d'hyperliens[125]. Or la logique du contrôle préalable généralisé constitue assurément un élément contraire au principe de liberté[126], à l'image – toute proportion gardée – du droit français de la communication où des contrôles administratifs préventifs

---

[123] Sur les droits intellectuels comme droits exclusifs v. Azéma J et. Galloux J.-C, Droit de la propriété industrielle, 7ème éd., 2012, Dalloz, coll. Précis, 1108 p., spéc., n°184 et s ; Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°19 et s. ; v. cependant s'agissant du droit de marque, De Haas C., La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres, Propr. intell., n°46, 2013 , p.4.

[124] Comp. Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p.104, n°23.

[125] Cf. CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords*, Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 22 sept. 2009 . L'avocat général estime au point 123 de ses conclusions que le fait d'offrir aux titulaires de droits de marque un contrôle général et virtuellement absolu sur l'utilisation dans le cyberespace de mots clés correspondant à leur marque modifierait fondamentalement la nature décentralisée de l'Internet. La réflexion peut sans aucun doute être prolongée en matière d'hyperliens. Certains auteurs estiment toutefois qu'il y a une part d'exagération à considérer qu'un droit intellectuel peut offrir un contrôle absolu sur l'objet réservé par ce droit ; en ce sens v. Pollaud-Dullian F., L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet, Propr. Intell., n°36, 2010, p. 824 ; Chaque droit intellectuel ménage en effet des utilisations légitimes de l'objet réservé (par exemples par le biais des exceptions au droit d'auteur ou au droit des marques). Il nous semble néanmoins que l'avocat général Poiares Maduro ne conteste pas ce point. Il relève simplement qu'un droit intellectuel peut empêcher, par principe, l'utilisation d'un objet réservé par ce droit alors que cette utilisation est cruciale et légitime pour le fonctionnement d'Internet. Il ne soutient pas pour autant que ce droit intellectuel est sans limite en tous temps et en tous lieux.

[126] Sur ce point, sans doute trop rarement souligné, v. le rapport fondateur du forum des droits sur l'internet : FDI, Hyperliens : statut juridique, 2003., spéc., p. 16 ; v. également., Hardouin R., Lamy droit des médias et de la communication, étude 464, la responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'auteur relève à juste titre « *le caractère paradoxal d'une recommandation* [du Forum de des droits sur l'Internet] *affirmant, d'une part, l'existence d'une liberté de lier tout en prônant, d'autre part, le respect d'un principe de précaution matérialisé par l'obtention d'une autorisation de lier* ».

continuent de peser sur certains médias[127]. Cela est d'autant plus vrai que l'absence de système d'autorisation est consubstantielle au développement du web[128]. L'existence d'une liberté de lier dépend donc de la manière dont le droit envisage le rapport de l'hyperlien avec la propriété intellectuelle et, plus précisément, de la mesure dans laquelle la pose d'un hyperlien doit être soumis à un régime d'autorisation au titre d'un droit exclusif.

56. Toutefois, l'absence de disposition spécifique à l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle ne permet pas de concevoir immédiatement quel est le statut de l'hyperlien en ce domaine. L'application des règles du droit européen de la propriété intellectuelle à l'hyperlien, en particulier à l'aune de la jurisprudence européenne, révèlera néanmoins que ce statut est favorable à la liberté de lier (**Titre 1**). Ce statut en construction est, sur des aspects essentiels, le fruit d'une jurisprudence ambitieuse mais complexe de la Cour de justice de l'Union européenne. Trait d'union entre la norme légiférée et la technique, cet édifice jurisprudentiel manque de rigueur et de cohérence, spécialement au regard de l'application à l'hyperlien de certaines notions du droit d'auteur[129]. Ce dernier constitue pourtant, de par sa nature et de par les enjeux qui s'y rattachent, l'un des piliers de l'appréhension de l'hyperlien par le droit de l'Union. Il en découle une instabilité peu compatible avec l'exigence de cohérence, de prévisibilité et de sécurité juridique qui s'impose à la règle de droit et à l'ordre juridique européen[130]. Dans un contexte où l'Union européenne a fait de l'unité du marché unique numérique l'une de ses grandes ambitions[131], il

---

[127] Derieux E., Droit des médias, droit français, européen et international, 6ème éd, 2010, Lextenso éditions, L.G.D.J, 1146 p., spéc., p.52 et s ; Mélin-Soucramanien F., Zinamsgvarov N., Libertés fondamentales, 2ème éd., 2016, Dalloz, coll. Mementos, 246 p., p.9. Mallet-Poujol N., La liberté d'expression sur internet : aspects de droit interne, Recueil Dalloz, 2007, p.591. Nous avons conscience que l'analogie doit composer avec d'importantes limites. Le contrôle administratif opéré sur certaines communications possède une nature juridique tout à fait différente du droit exclusif du propriétaire : un acte de police administrative dans le premier cas, un droit subjectif de propriété dans le second cas. Il nous semble néanmoins, eu égard à la fonction de l'hyperlien, que l'analyse d'un principe de liberté dépendant de l'absence d'autorisation généralisée reste pertinente, même si cette autorisation relève d'une prérogative accordée par un droit subjectif.

[128] Sur ce point v. CJUE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords*, Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, point 123.

[129] Le constat n'est pas nécessairement nouveau et propre à l'hyperlien : v. Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, Propr. Intell., 2012, n°43, p.140.

[130] Sur la stabilité du droit v. Chevalier J., L'ordre juridique », *in* Le droit en procès, PUF, 1983, 230 p., p. 7, spéc., p. 9 et s. ; Bergel J-L., Théorie générale du droit, *op. cit*., spéc., n° 29-1 ; V ; Rapp. Cour de cassation, Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen. Interprétation et portée en droit de l'Union européenne et en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2015 ; V. également Polliaud-Dullian F., À propos de la sécurité juridique, RTD civ., 2001. p. 487 ; en ce sens v. également les conclusions de l'avocat général Yves Bot du 24 avril 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft*, point 99. Sur cette exigence en droit de l'UE, v. CJCE 14 juillet 1977, aff. jtes 9/77 et 10/77, *Bavaria et Germanair c. Eurocontrol*, Rec. p. 1517, point 4 ; CJCE 15 décembre 1987, *Irlande c/ Commission*, 325/85, Rec. p. 504, point 18.

[131] Communication de la Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM (2015) 192 final, 06/05/2015.

nous faudra alors envisager la construction d'un statut plus cohérent pour l'hyperlien dans le domaine du droit d'auteur des droits voisins (**Titre 2**).

TITRE 1. - Un statut favorable à la liberté de lier

57. Dans quelle mesure un poseur de liens doit-il obtenir l'autorisation du titulaire d'un droit exclusif sur le contenu lié ? Un blogueur, un utilisateur de *Twitter* ou un moteur de recherche est-il libre de poser un lien pointant vers une œuvre protégée par le droit d'auteur, par exemple un article de presse du journal *Le Monde.fr* ? L'intention du poseur de liens est une autre source d'interrogation : est-il indifférent que le poseur de liens agisse pour des motifs parasitaires, afin d'exploiter commercialement l'intérêt du public pour les œuvres présentes sur *Le Monde.fr* ? Dans la même veine, le fait que le poseur de liens désire faciliter l'accès à des œuvres illicites a-t-il une importance pour le droit d'auteur ? Et si la commande HTML de ces liens intègre l'une des représentations graphiques de la marque *Le Monde*, faudrait-il que notre blogueur ou notre moteur de recherche demande l'autorisation au titulaire du droit de marque ?

58. La réponse à ces questions alimente les débats doctrinaux autour des hyperliens depuis maintenant près de deux décennies[132]. Elle dépend du point de savoir si l'activité de lier, bien que participant à la diffusion d'un contenu protégé, est exclusive de toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Classiquement, une telle atteinte est écartée en deux hypothèses : soit l'activité de lier n'entraîne aucun acte d'exploitation d'un objet protégé dans le chef du poseur de liens. Dans ce cas, l'atteinte au droit exclusif sera exclue puisque ce qui déclenche l'application de ce droit est un acte d'exploitation[133]. Soit la pose d'un lien constitue un acte d'exploitation couvert par un droit exclusif, tout en échappant à son emprise par le truchement d'une exception ou d'une limitation à ce droit. Nous postulerons donc qu'un régime favorable à la liberté de lier dépendra d'une application du droit européen de la propriété intellectuelle qui satisferait l'une de ces deux hypothèses. Dans ce cas, en effet, aucune autorisation du titulaire de droit ne sera requise préalablement à la pose d'un lien. *A contrario*, si l'atteinte au droit d'auteur devait être un effet nécessaire de l'activité de lier, cette dernière ne serait pas libre car la pose d'un lien serait juridiquement suspendue à l'assentiment du titulaire d'un droit exclusif.

---

[132] Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion, Les Cahiers de la propriété intellectuelle, Vol. 9, n°3, p. 467. ; Tellier-Loniewski L., Rojinsky C., Masson L., Contrefaçon et droit d'auteur sur Internet., Gaz. Pal, 1997, p. 20, spéc., p. 27 ; Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p.

[133] Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit.*, n°28. Sur la notion d'exploitation, v. en particulier Dusollier S., L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p. ; Heinzmann L., L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen, 2017, Université Paris-Sud, Thèse, 690 p.

59. Dans cette optique, deux aspects doivent être traités au plan de l'analyse juridique. Le premier concerne l'application du droit des marques à l'hyperlien, seul droit de la propriété industrielle susceptible d'être contrefait par l'hyperlien. Nous serons amenés à constater que l'application du droit des marques à l'hyperlien est favorable à la liberté de lier : au regard du champ d'application de ce droit exclusif, l'autorisation de poser un lien sera réservée à des hypothèses étroitement restreintes (**Chapitre 1**). Plus complexe est l'appréhension de l'hyperlien à l'aune du droit européen du droit d'auteur et des droits voisins. Le sujet est effectivement hautement sensible puisqu'il s'inscrit dans des problématiques actuelles, telles que le partage de la valeur et la lutte contre la contrefaçon en ligne. Le développement d'un contentieux européen spécifique à l'hyperlien en droit d'auteur est, de ce point de vue, symptomatique. De même, les controverses ayant entouré l'adoption de la directive DAMUN[134], qui prévoit notamment un meilleur partage de la valeur entre les éditeurs de presse et les agrégateurs de liens, témoignent de la grande actualité du sujet. À cet égard, notre étude démontrera que l'application du droit d'auteur et des droits voisins à l'hyperlien est également favorable à la liberté de lier : au regard du champ d'application de ces droits exclusifs, l'autorisation des titulaires de droits préalablement à la pose d'un lien ne sera requise que par exception (**Chapitre 2**).

[134] Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 Final, 14/09/2016.

Chapitre 1. - L'autorisation du titulaire du droit de marque pour la pose d'un lien : un préalable étroitement limité

60. Le droit de marque, composante centrale du marché intérieur européen, connaît une protection forte en droit de l'Union européenne[135]. Consacré au sein la directive (UE) n°2015/2436 sur l'harmonisation du droit des marques[136], le droit de marque accorde à son titulaire le droit exclusif d'interdire l'usage de ladite marque par un tiers. L'exploitation d'une marque protégée nécessite de ce fait l'autorisation du titulaire du droit. Du point de vue de la liberté de lier, il est donc important de déterminer comment l'hyperlien se positionne par rapport à ce droit exclusif : le lieur qui entend pointer une marque doit-il obtenir, au préalable, l'autorisation du titulaire du droit ? À cet égard, il découle de l'article 11 de la directive sur le droit des marques et de la jurisprudence de la CJUE que l'interdiction de l'utilisation d'une marque protégée par le titulaire du droit requiert la réunion de plusieurs conditions cumulatives. C'est à la lumière de ces conditions que l'hypothèse d'une contrefaçon de marque du fait du lien sera envisagée.

61. Deux cas de figure, dépendant des modalités de création du lien, doivent être envisagés. Une marque est tout d'abord en position d'être contrefaite par les liens « naturels » ou « organiques », qui se définissent par la négative comme tous les liens qui ne sont pas sponsorisés[137]. L'exploitation d'une marque par ce type de lien étant en pratique rarissime, la possibilité d'une atteinte au droit de marque est en principe exclue (**Section 1**). Le second cas de figure, qui concerne les liens sponsorisés – ou commerciaux - est plus problématique, comme en témoigne le contentieux spécifique qui s'est développé autour de ce type de liens[138]. L'affaire *Google Adwords* est en la parfaite illustration au niveau de l'Union européenne. Si le doute a pu être permis sur la manière dont ils devaient être envisagés par le droit des marques, le droit de l'Union européenne consacre désormais la neutralité des liens sponsorisés en ce qui concerne l'exploitation d'une marque (**Section 2**).

---

[135] Directive (UE) n°2015/2436 du Parlement et du Conseil, du 16 décembre 2015, rapprochant les législations des États membres sur les marques, préc., considérant 2.

[136] *Ibid*.

[137] Sire G., Les moteurs de recherche, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p., p.29.

[138] Sur ce point v. notamment Tréfigny P., Les liens commerciaux et le droit des marques *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p., p. 91.

Section 1. - L'usage d'une marque du fait du lien, un usage rarement constitutif d'une exploitation

62. Dès lors qu'un lien peut mener à la reproduction d'une marque protégée, l'hypothèse d'une contrefaçon n'est pas à exclure *a priori* (§1). Toutefois, il faudra observer que la réunion des conditions permettant au titulaire du droit de s'opposer à l'utilisation de sa marque fait figure d'exception dans le contexte de la création d'un lien naturel (§2).

§ 1. - La reproduction d'une marque par le lien naturel

63. L'article 10 de la directive (UE) 2015/2436 sur l'harmonisation du droit des marques énonce que ce droit offre à son titulaire le droit exclusif d'interdire l'usage de la marque sans son consentement, dans le cadre de la vie des affaires[139]. En vertu de cet article, l'usage sans autorisation du signe protégé est proscrit dans les trois cas suivants. Premièrement est interdit l'usage à l'identique de la marque pour des produits ou des services identiques à ceux indiqués dans l'enregistrement. Deuxièmement, est également prohibé l'usage d'un signe identique ou similaire pour des produits ou des services identiques ou similaires aux produits ou services désignés dans l'enregistrement, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion entre la reproduction et la marque enregistrée. Enfin, il en est de même pour l'usage identique ou similaire d'un signe d'une marque jouissant d'une renommée que l'usage du signe exploite de manière injustifiée ou qu'il lui porte préjudice[140]. En matière de marques renommées, la condition relative à l'identité ou la similarité des produits et des services n'est donc pas exigée.

64. L'usage susmentionné correspond à l'élément matériel nécessaire à la qualification de contrefaçon. Il couvre en pratique, toute utilisation de la marque protégée, dont sa reproduction sur quelque support que ce soit[141]. Or, comme l'explique Maître Sardain[142], la pose d'un lien peut, techniquement au moins, engendrer la reproduction d'une marque, soit dans le pointeur, soit dans le code HTML du site à l'origine du lien. Le pointeur, c'est-à-dire la partie visible du lien, qu'elle apparaisse sous la forme d'une image ou d'un texte, peut bien évidemment provoquer la reproduction matérielle d'une marque[143]. Il suffit pour cela

---

[139] Directive (UE) n°2015/2436, préc., article 10.

[140] *Ibid*.

[141] Wery E., Le référencement des sites web : jusqu'où peut-on aller sans violer la loi, ulys.net, 2014, p. 8. Accessible à https://www.ulys.net/ouvrages/le-referencement-des-sites-web-jusquou-peut-on-aller-sans-violer-la-loi/. Dernier accès le 01/03/2019.

[142] Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., n°1435.

[143] Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, 2003, p. 30.

que le pointeur comporte un signe distinctif enregistré. Plus subtile est l'hypothèse où une marque est reproduite par l'adresse URL sur laquelle le pointeur vient se greffer[144]. La création d'un lien nécessite en effet toujours la reproduction de l'adresse URL, autrement dit du nom de domaine du site ou du document lié, dans le code HTML du site liant. Or un nom de domaine peut parfaitement constituer une marque protégée s'il est valablement enregistré en tant que marque[145]. Nous relèverons toutefois que le créateur de liens a la possibilité d'utiliser l'adresse IP du site lié en lieu et place du nom de domaine[146]. Le lien prend alors techniquement la forme d'une suite de chiffres[147] qui ne devrait pas pouvoir s'analyser comme une reproduction de marque.

65. Hormis ce cas de figure particulier, force est de constater que le lien est techniquement susceptible de reproduire une marque. De plus, la reproduction d'une marque est également susceptible de se glisser dans les résultats fournis par les moteurs de recherche, au sein des courts extraits accompagnant les liens, extraits indissociables de ces derniers. Il reste que la reproduction matérielle d'une marque ne suffit pas en elle-même à caractériser la contrefaçon, au contraire de ce que la tradition française du droit des marques pouvait exiger[148]. Le droit de l'UE, impose la réunion de conditions supplémentaires qui sont rarement réunies dans le contexte de création d'un lien naturel.

§ 2. - Une reproduction remplissant malaisément les conditions nécessaires à l'exploitation d'une marque

66. Depuis l'arrêt *Arsenal* de la Cour de justice de l'Union européenne[149] il est établi que, outre la reproduction d'une marque protégée et l'absence d'autorisation du titulaire du droit de marque – ce qui va de soi, l'atteinte à une marque protégée suppose la réunion de trois éléments cumulatifs : l'usage de la marque dans le cadre de la vie des affaires, l'usage de la marque à titre de marque et l'atteinte aux fonctions essentielles de la marque. Ces deux derniers éléments étant en pratique très proches, ils seront traités

---

144 Précisons que dans une version un peu frustre, le pointeur peut être directement l'adresse URL du site lié. Le pointeur apparaitra alors dans une forme du style www. facultédedroit.com .

145 Elias Bou Kather C., Le nom de domaine au sein du concept de signe distinctif, RLDI n°11, 2005 ; Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, 2ème éd., 2012, L.G.D.J, coll. Cours., 490 p., n°253 et s.

146 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, *op. cit.*, n°1434 ; Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Com.com.électr, n°6, étude 21, 2005.

147 L'adresse IP est un numéro d'identification attribué à chaque appareil connecté au réseau Internet. La plupart des adresses IP des serveurs hébergeant des ressources sur Internet peuvent être converties en nom de domaine. V. par exemple https://fr.wikipedia.org/wiki/Adresse_IP .

148 Wery É., Breteau L., « Droit des marques ; la justice européenne met à mort la contrefaçon par reproduction à la française », RLDI, n° 76, 2011.

149 CJCE 12 novembre 2002, aff. C-206/01, *Arsenal*, Rec. p. I-10273.

ensemble. Or il apparaît peu susceptible que la pose d'un lien puisse entraîner la réunion de ces éléments. La reproduction d'une marque par le lien est en général réalisée en dehors d'un usage de la marque dans le cadre de la vie des affaires (A). Quand bien même cette première étape serait franchie, il apparaît que l'hyperlien n'est susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque que de manière exceptionnelle (B).

A. Une reproduction peu susceptible d'impliquer un usage de la marque dans le cadre de la vie des affaires

67. Le droit de l'Union européenne, par le biais de la directive (UE) 2015/2436 sur le droit des marques[150], conditionne la protection à *l'usage dans la vie des affaires* de la marque reproduite, y compris lorsqu'il s'agit d'une marque renommée. L'article 10 §1 et §2 de la directive indique, en effet, que le titulaire d'un droit de marque « [...] *est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires* [...] ». Il ne fait pas de doute, au vu de la formulation de cette disposition, que l'harmonisation qu'elle engendre est complète, comme la Cour de justice a eu l'occasion de le confirmer[151]. Les États membres n'ont donc pas la possibilité de s'écarter des prescriptions de cet article et son application aux hyperliens ne devrait donc pas varier entre les différents membres de l'Union. Cet article prévoit que seul l'usage d'une marque protégée dans la vie des affaires est proscrit en droit de l'Union européenne. En conséquence, une contrefaçon de marque par un lien implique que la reproduction d'une marque dans l'URL du lien relève d'un « usage dans la vie des affaires ».

68. La Cour de justice a précisé le sens à donner à cette condition dans l'arrêt *Arsenal*. Elle en retient une conception large puisqu'elle estime qu'un usage dans la vie des affaires est celui qui « *se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant un avantage économique et non dans le domaine privé* »[152]. Il en découle que les liens reproduisant une marque, mais n'ayant pas vocation à alimenter une activité économique, sont insusceptibles de contrefaire une marque. Le droit exclusif conféré par la marque ne peut être invoqué qu'à l'encontre d'acteurs économiques[153]. On déduira alors que les liens naturels créés dans un cadre privé à des fins d'illustration, d'informations, polémiques ou militantes sont libérés du risque

[150] Directive (UE) n°2015/2436, préc., art. 10.
[151] CJCE 20 novembre 2001, aff. C-414/99 à C-416/99, *Zino Davidoff et Levi Strauss*, Rec. p. I-8691, point 39.
[152] CJCE 12 novembre 2002, *Arsenal*, préc., point 40.
[153] CJUE 12 juillet 2011, aff. C-324/09, L'Oréal *c. eBay*, Rec. p. I-06011. point 54.

d'exploiter une marque[154]. De ce fait, ils ne nécessitent pas l'assentiment du titulaire de la marque pour être établis.

69. L'enjeu est alors de déterminer ce qui relève de la création d'un lien à titre privé ou au titre d'une activité économique, étant entendu que la notion d'activité commerciale dégagée par la Cour de justice dans l'arrêt *Arsenal*[155] doit être comprise largement. Cette notion peut dès lors se définir comme l'activité régulière qui procure un avantage économique, notion peu restrictive renvoyant à tout avantage financier direct ou indirect[156]. Afin d'estimer si la pose d'un lien peut être qualifiée d'activité économique, raisonnons sur un exemple concret et plausible. L'hyperlien posé par une personne physique sur une place de marché en ligne (eBay, Amazon...), ou sur un espace analogue, et qui reproduirait dans l'URL la marque du tiers afin de promouvoir une vente, s'inscrit-t-il dans la notion d'avantage économique ? Ce type de liens ressort-il d'un usage privé ou d'un usage commercial ? L'arrêt *L'Oréal c. eBay* de la CJUE nous apporte une réponse sur ce point[157]. La Cour estime que :

> « *Lorsqu'une personne physique vend un produit de marque au moyen d'une place de marché en ligne sans que cette transaction se situe dans le contexte d'une activité commerciale, le titulaire de la marque ne saurait invoquer son droit exclusif* [...]. *Si, en revanche, les ventes effectuées sur une telle place de marché dépassent, en raison de leur volume, leur fréquence ou d'autres caractéristiques, la sphère d'une activité privée, le vendeur se place dans le cadre de «la vie des affaires »* ».

70. Il faut en déduire que les hyperliens reproduisant la marque d'un tiers pour effectuer la promotion d'une vente ne sont pas contrefaisants, à la condition qu'ils n'alimentent pas une activité commerciale. Cette dernière se définira, au regard l'arrêt *L'Oréal c. eBay*, par rapport à la fréquence et l'importance des ventes réalisées. *A contrario*, ces liens peuvent exploiter la marque d'un tiers s'ils se greffent sur une telle activité. Ainsi en est-il, selon la jurisprudence française *Keljob*, d'un moteur de recherche spécialisé pour des offres d'emploi qui pose un lien reproduisant la marque d'un concurrent. Ce lien exploite de ce fait la marque protégée « *à des fins commerciales, et non dans le seul but désintéressé d'informer l'utilisateur* »[158].

---

[154] En ce sens, la jurisprudence française sur la citation d'une marque à titre d'information, CA Paris, 25 mai 2001, *Keljob c. Cadremploi*, www.légalis.net.

[155] CJCE 12 novembre 2002, *Arsenal*, préc., point 40.

[156] Sur la nécessité d'une appréhension large de la notion d'usage dans la vie des affaires, v. Passa J., Les conditions générales d'une atteinte sur une marque, préc ; Marino L., Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n°181.

[157] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc., point 55.

[158] TGI Paris, 5 septembre 2001, *Cadreemploi c. Keljob*, www.légalis.net. ; v. également Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Tome 1, Droit des biens, *op. cit.*, n°1436.

71. Dans le sillage de la jurisprudence française, le droit de l'UE doit-il également admettre que les moteurs de recherche généralistes font eux aussi usage de la marque d'un tiers dans la vie des affaires ? La réponse est affirmative : la grande majorité des moteurs de recherche généralistes exerce une activité commerciale car les résultats naturels qu'ils fournissent constituent le socle de leur modèle d'affaires basé sur l'exploitation des liens sponsorisés[159]. Plus grande sera la qualité des résultats naturels, plus grande sera la valeur des liens commerciaux. Néanmoins, la Cour de justice a précisé, dans l'affaire *Google AdWords*, que, dans le domaine du référencement sur Internet, l'usage dans la vie des affaires est un usage qui implique « *une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale*»[160]. Or cela n'est pas le cas des liens fournis par les moteurs de recherche. Cette décision intervient certes en matière de liens commerciaux mais il nous semble qu'elle définit, de façon générale, la notion d'usage d'une marque dans le contexte de l'Internet. Elle devrait donc également s'appliquer aux liens naturels[161].

72. Cette approche est par ailleurs justifiée du point de vue de la finalité du droit des marques : en dehors d'un usage dans le cadre de sa propre communication commerciale, le lien en tant que « *signe qui n'est pas utilisé dans la vie des affaires ne joue pas le rôle d'une marque* [à savoir désigner un produit ou un service] [...] *et ne peut dès lors justifier l'exercice d'un droit tendant précisément à la préservation de ces fonctions* »[162]. Or les liens naturels présentés par les opérateurs de référencement naturel ne sont pas destinés à être utilisés à titre de marque, autrement dit pour désigner des produits ou services ayant une origine déterminée. Ce type de liens a plutôt pour fonction première d'informer le public de la localisation d'une ressource sur Internet. Il en va de même en matière de marques renommées comme la Cour de justice l'a formulé dans l'arrêt *Google AdWords*[163]. Les opérateurs de référencement naturel sont donc libres de lier au regard du droit des marques, puisque ces liens sont neutres par rapport à l'exploitation d'un signe distinctif. Cette solution répond par ailleurs à une logique d'équilibre, entre la liberté de concurrence et la reconnaissance de droits exclusifs à certains acteurs économiques, logique qui est au cœur du droit des marques[164].

---

[159] En ce sens, v. CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords*, conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro, préc., point 77.

[160] CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417, point 56.

[161] Marino L., Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit*., n°182.

[162] Passa J., Traité de droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, Dessins et modèles, Tome I, 2ème éd., 2009, LGDJ, 1146 p. n°236.

[163] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc, point 104.

[164] Clavier J-P., L'usage en ligne d'un signe distinctif : aspects de propriété intellectuelle, Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 43, spéc., p. 49.

73. Précisons que ce principe de liberté n'est pas infirmé par la jurisprudence *Keljob* évoquée plus haut. Dans l'affaire *Keljob*, la société contrefaisante menait une activité par laquelle les liens constituaient une communication commerciale propre à ladite société. En dehors de cette hypothèse, qui fait figure d'exception, un moteur de recherche ne saurait faire usage d'une marque protégée dans la vie des affaires lorsqu'il crée un lien naturel reproduisant une marque[165]. De manière similaire, l'atteinte à la fonction essentielle de la marque du fait du lien est une hypothèse marginale.

B. Une reproduction peu susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque

74. Il nous faut distinguer entre les marques renommées (2) et celles qui ne le sont pas (1) puisqu'elles n'obéissent pas au même régime juridique, en particulier du point de vue de leur fonction essentielle. L'application du droit des marques à l'hyperlien entraînera ainsi des conséquences différentes selon que la marque soit renommée ou non.

1° La reproduction d'une marque non renommée par l'hyperlien

75. Condition formulée dès l'arrêt *Terrapin*[166], puis confirmée dans l'arrêt *Arsenal*, la fonction essentielle de la marque se définit comme celle qui garantit « *... au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance* »[167]. En vertu de cette condition, la protection du droit des marques n'est destinée à jouer que si l'usage de la marque par un tiers ne permet plus de distinguer les produits ou services pour lesquels la marque a été enregistrée.

76. Il nous faut préciser que la Cour de justice a développé dans l'arrêt *L'Oréal c. Bellure*[168] de nouvelles fonctions : « *garantir la qualité de ce produit ou de ce service, ou celles de communication, d'investissement ou de publicité* »[169]. Cependant nous ne nous attarderons pas sur ces fonctions « résiduelles »[170], dont la définition et le périmètre restent hautement incertains[171], afin de nous concentrer

---

[165] Sur ce point, v. également *infra*, n° 107 et s.

[166] Sur ce point v. Marino L., Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n°182.

[167] CJCE 12 novembre 2002, *Arsenal*, préc., point 48.

[168] CJCE 18 juin 2009, aff. C-487-07, *L'Oréal c. Bellure*, Rec. p. I-05485.

[169] *Ibid.*, point 58.

[170] Passa J., Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : Portée ? Utilité ? Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, 2012.

[171] *Ibid.*

sur la fonction traditionnelle de l'identité d'origine. Cette dernière est par ailleurs très proche de la condition d'un usage fait à titre de marque[172]. Exprimé dans l'arrêt *Arsenal* de la CJCE, la condition de l'usage à titre de marque implique que l'usage contrefaisant soit un usage désignant des produits ou services identiques ou similaires à la marque[173]. À défaut, le droit de marque ne peut être troublé : l'usage de cette dernière ne désignant en effet pas un produit ou un service identique ou similaire, il ne saurait y avoir de confusion avec ceux couverts par le droit de marque[174]. L'identité d'origine et, par suite, la fonction essentielle de la marque sont alors sauvegardées[175]. Il faut en déduire que les liens reproduisant une marque mais pointant des produits ou des services absolument différents de ceux désignés par la marque, ne sont pas constitutifs d'une contrefaçon. Ce pourrait être le cas si le pointeur du lien, *i.e.* sa partie visible, représentait une marque protégée tout en renvoyant vers un article de presse en ligne. Dans ce genre d'hypothèse, la marque serait reproduite à travers le lien essentiellement à titre d'information ou de citation. Ce dernier serait donc insusceptible de troubler la fonction principale de la marque qui est de garantir l'identité d'un produit[176].

77. Il en va autrement lorsque le lien reproduisant une marque s'insère dans un contexte commercial et sert à promouvoir la vente de services ou de produits identiques ou similaires à ceux désignés par la marque. Nous pouvons prendre, comme exemple fictif, le cas d'un site de vente de produits de beauté qui, usant de la marque *L'Oréal*[177], renverrait vers une page externe ou interne à ce site pour vendre des produits de beauté identiques ou similaires à ceux fournis par *L'Oréal*. Ce type d'usage aux fins de publicité est d'ailleurs en principe explicitement proscrit par la directive (UE) 2015/2436[178]. L'identité de la marque protégée peut en effet être menacée par un tel lien, qui peut permettre d'associer la marque à des produits ou services ayant une autre provenance. Il nous paraît en outre indifférent que l'hyperlien ne permette pas,

---

[172] En ce sens, v. la présentation des conditions de protection de la marque opérée par la professeur Laure Marino *in* L., Droit de la propriété intellectuelle, 2013, P.U.F, coll. Thémis droit, 425 p., n°182.

[173] V. Canlorbe J., JCL marques, fasc. 7513, 2010, n°21.

[174] Sur l'exigence d'un usage désignant un produit ou un service, v. Passa J., Droit de la propriété industrielle, tome 1, *op. cit.*, n°240 et s., et n°471.

[175] Passa J., Les conditions générales d'une atteinte sur une marque, Propr. Indus. n° 2, 2005, point 12.

[176] En ce sens v. par notamment la jurisprudence française en cas de citation de marque à titre informatif, CA Paris, 25 mai 2001, *Keljob c. Cadremploi*, préc. ; sans que la décision ne concerne les hyperliens mais l'usage d'une marque à titre polémique et informationnelle sur Internet voir CA Paris, 17 novembre 2006, *Association Greenpeace c. Sté Areva.*

[177] Sour la forme suivante : a href="http://www. URL du site> comme L'Oréal .

[178] Directive (UE) n°2015/2436, préc., art. 10.

de par sa concision, de rendre compte des produits ou services dont le lieur entend faire la promotion. Il suffit en effet aux internautes de cliquer sur le lien afin de découvrir lesdits produits ou services[179].

78. En pareille hypothèse, il faut encore qu'une relation « *soit établie entre la marque et le produit ou le service vendu*[180] » pour que s'opère une confusion dans l'esprit du public entre les produits et services couverts par la marque, et les produits et services ayant une autre provenance. S'agissant de notre analyse, le lien doit être directement et explicitement associé à des produits ou services identiques ou similaires à ceux de la marque, de telle manière que l'utilisateur du lien soit amené à penser que les produits ou services offerts le sont par le titulaire de la marque reproduite dans le lien ou par une entreprise économique liée. Dans la droite ligne de l'arrêt *Google AdWords*, cela signifie que, si le contexte dans lequel s'insère le lien reproduisant la marque suggère l'existence d'une relation économique entre le poseur du lien et le titulaire de la marque, il y aura lieu de conclure à l'atteinte à la fonction d'indication d'origine[181]. L'atteinte à la fonction essentielle de la marque sera également constituée lorsque l'hyperlien incriminé est « *à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir* » si le poseur de lien est un tiers par rapport au titulaire de la marque[182].

79. La caractérisation d'une telle qualification relève évidemment d'une certaine casuistique. S'agissant des liens naturels, l'hypothèse est marginale – ce qui explique certainement le peu d'exemples jurisprudentiels – mais n'est pas théoriquement à exclure. Selon nous, il pourrait en aller ainsi lorsque qu'un vendeur sur une place de marché en ligne illustre ses offres par un lien reproduisant une marque couvrant des produits identiques ou similaires à ceux offerts par ce vendeur. Serait encore concerné un moteur de recherche spécialisé qui proposerait des liens reproduisant la marque d'un concurrent afin d'alimenter son propre service. Tel fut le cas dans l'affaire française *Keljob* dans laquelle le Tribunal de grande instance de Paris a jugé que le moteur de recherche spécialisé *Keljob* « *ne se borne pas à citer la marque comme elle pourrait l'être dans un guide, mais l'utilise dans le cadre d'une activité de*

---

[179] Comp. CJUE 8 juillet 2010, Portakabin, aff. C-558/08, Rec. p. I-06963, point 42 : « Lesdits lien et message commercial sont concis et ne permettent pas, en règle générale, à l'annonceur de formuler des offres précises de vente ou de donner un aperçu complet des types de produits ou de services qu'il commercialise. Cette circonstance ne change toutefois rien au fait que l'annonceur ayant sélectionné en tant que mot clé un signe identique à une marque d'autrui vise à ce que les internautes introduisant ce mot en tant que terme de recherche cliqueront sur son lien promotionnel afin de connaître ses offres de vente ».

[180] CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords*, conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 22 sept. 2009, point 66.

[181] CJUE 23 mars 2010, *s*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords,* Rec. p. I-02417, point 89. L'arrêt fut certes rendu en matière de liens sponsorisés mais dans la mesure où ce type de liens naturels a une fonction promotionnelle, et parce que le droit ne doit pas être enfermé dans la technique, il nous semble pertinent d'invoquer cette partie du dispositif de la jurisprudence *AdWords*.

[182] *Ibid*., point 90.

recensement et de sélection d'offres d'emploi directement concurrente de celle exercée par la demanderesse, et couverte par l'enregistrement de la marque invoquée »[183].

80. Qu'en est-il des résultats naturels fournis par les moteurs de recherche ? Ces derniers peuvent certes être amenés à reproduire des marques au sein des liens ou des *snippet*[184] les accompagnant. Il serait toutefois inapproprié de considérer que le moteur fait ainsi un usage à titre de marque. À l'aide de cette opération, le moteur désigne plus une localisation sur Internet que des produits ou des services. En outre, les résultats naturels ne font qu'indiquer une référence, qui correspond à l'adresse du site du titulaire de la marque. Il ne devrait donc y avoir aucune confusion possible sur l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque.

81. Lorsque les résultats affichés ne correspondent pas au site du titulaire de la marque renseignée comme mot clé par un utilisateur du moteur, la fonction essentielle de marque ne paraît guère plus menacée. Considérer que l'utilisateur envisage nécessairement et directement que les premiers résultats affichés correspondent à la marque indiquée en mot clé de la recherche semble effectivement peu réaliste[185]. À ce titre, la confusion dans l'esprit entre le mot clé désignant la marque « X » et les premiers résultats ne peut être présumée. En somme, parce qu'un moteur de recherche généraliste est avant tout un outil de localisation de l'information, il paraît peu susceptible de faire un usage d'un signe protégé à titre de marque, qui porterait atteinte à la fonction essentielle de celle-ci. Les liens composant les résultats de recherche apparaissent en effet neutres à l'égard de cette double condition.

Cette analyse doit être complétée par l'étude des marques renommées, car la fonction essentielle de ces dernières est différente.

2° La reproduction d'une marque renommée par l'hyperlien

82. L'article 10 § 2 c) de la directive (UE) 2015/2436 contient les dispositions relatives au droit exclusif sur une marque renommée. La fonction des marques renommées est de garantir au titulaire du droit exclusif qu'il pourra exploiter sans trouble la réputation et le pouvoir attractif de la marque renommée, au-

---

[183] TGI Paris, 5 septembre 2001, *Cadreemploi c. Keljob*, www.légalis.net; Sur les circonstances de cette affaire V. également FDI, « Hyperliens : statut juridique », préc., p. 37.

[184] Le terme *snippet* désigne des fragments issus du contenu vers lequel le lien renvoie. Ils permettent à l'utilisateur final de jauger la pertinence de l'hyperlien.

[185] En ce sens, CJUE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords,* Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, préc, point 88 et s.

delà des produits et services réservés par cette dernière[186]. En conséquence, les conditions caractérisant la contrefaçon d'une telle marque sont moins exigeantes. Il n'est, de ce fait, pas nécessaire que le signe reproduit désigne des produits ou services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée. Il suffit qu'existe une correspondance dans l'esprit du public entre le signe reproduisant la marque – ici l'adresse URL – dans l'hyperlien et la marque renommée[187]. Une fois cette relation établie, le titulaire de la marque peut interdire l'usage de la marque renommée lorsque « *l'usage du signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, ou leur porte préjudice* »[188]. Le titulaire de la marque peut ainsi « *s'opposer à une vaste catégorie d'associations, qui va des associations négatives susceptibles de porter préjudice à la renommée ou au caractère distinctif de la marque, jusqu'aux associations positives qui tirent avantage de l'investissement du titulaire de la marque* »[189]. Le poseur d'un lien, qui reproduirait une marque renommée afin de promouvoir la vente d'objets ou de services imitant ceux couverts par la marque, tirerait indubitablement avantage des investissements du titulaire de marque au sens de la directive. Il s'inscrirait ainsi parfaitement dans le cadre analysé par les arrêts *L'Oréal c. Bellure*[190] puis *Google AdWords*[191]. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice a retenu, s'agissant d'offre à la vente d'imitations, que :

> « *lorsqu'un tiers tente par l'usage d'un signe identique ou similaire à une marque renommée de se placer dans le sillage de celle-ci afin de bénéficier de son pouvoir d'attraction, de sa réputation et de son prestige, ainsi que d'exploiter, sans aucune compensation financière et sans devoir déployer des efforts propres à cet égard, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de cette marque, le profit résultant dudit usage doit être considéré comme indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de ladite marque* »[192].

83. Si les produits ou services vendus par le poseur du lien reproduisant la marque ne sont pas des imitations des produits ou services couverts par la marque renommée, l'atteinte à cette marque ne serait réalisée que dans trois hypothèses posées par la Cour de justice a posées dans l'arrêt *Interflora*[193]. Première hypothèse, le concurrent – ici le poseur de lien – tire profit sans bourse déliée du caractère distinctif de la

---

[186] Directive (UE) n°2015/2436, préc., art. 10 § 2 c).
[187] CJCE 23 octobre 2003, aff. C-408/01, *Adidas I*, Rec. p. I-12537, point 31.
[188] Directive (UE) n°2015/2436, préc., article 10 § 3.
[189] CJUE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords*, Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, préc., point 98.
[190] CJCE 18 juin 2009, *L'Oréal c. Bellure*, préc, point 49.
[191] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 102.
[192] *Ibid*., point 102.
[193] CJUE 22 septembre 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, Rec. p. I-08625.

marque renommée (hypothèse du parasitisme). Il semble néanmoins que le parasitisme tende à être cantonné au cas de la vente d'imitations[194]. Seconde hypothèse, la publicité – à laquelle le lien participerait – porte préjudice au caractère distinctif de la marque renommée (hypothèse de la dilution du caractère distinctif). Cette hypothèse serait réalisée si le contexte de la publicité, dans laquelle s'insère le lien, laissait à penser à l'utilisateur que les produits ou services vendus provenaient du titulaire de la marque renommée reproduite dans l'hyperlien[195]. Le cas est donc restrictif. Dernière est l'hypothèse selon laquelle la publicité faisant usage de la marque détériore la renommée de cette marque (hypothèse du ternissement). Tel pourrait être le cas si le lien reproduisant la marque renommée était associé à la vente de produits ou de services dont les qualités et les caractéristiques sont susceptibles de détériorer l'image de la marque[196]. Pour ce qui concerne les résultats naturels créés par les moteurs de recherche, ils n'apparaissent pas plus concernés. À défaut de comporter des éléments de publicité et d'être en concurrence avec le titulaire d'une marque, ils ne sauraient porter atteinte aux marques renommées.

84. Le lien naturel, dans sa diversité, est ainsi peu susceptible d'empiéter sur la fonction essentielle, tant d'une marque en général que d'une marque renommée. Même s'il reproduit la marque et en un sens la communique, le lien naturel n'empiète pas de manière généralisée sur le rôle de la marque. C'est seulement dans certaines circonstances particulières, dans un contexte promotionnel, d'offre de produits et de services et sous certaines conditions, que ce type de liens est susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque. Qu'il nous soit permis de prétendre que ces hypothèses sont marginales.

Conclusion de la section 1

85. La contrefaçon de marque par un lien naturel fait figure d'exception en vertu des conditions cumulatives requises pour caractériser l'existence d'une contrefaçon de marque. Ces dernières sont en effet rarement remplies dans le cadre de la pose d'un lien. Seul le cas particulier d'un lien reproduisant une marque protégée afin de promouvoir directement une activité commerciale, dans un cadre professionnel, semble pouvoir relever d'un usage contrefaisant de cette marque. Il en découle que, de manière générale, un lien communiquant une marque ne constitue pas un acte d'exploitation non autorisé de cette marque par le droit européen. L'activité de lier est donc en principe libre au regard du droit européen du droit des marques. Cette issue apparaît tout à fait cohérente au regard du droit de marque puisque comme le relève

---

[194] CJCE 22 septembre 2011, *Interflor*a, préc. point 73 et 74 ; v. en ce sens Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, 2014, Dalloz, coll. Précis, 1040 p., n°861 ; Caron Ch., FAQ n°4 autour des liens commerciaux, Com.com.électr., n°6, 2011.

[195] En ce sens, Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, *op. cit.*, n°860.

[196] CJCE 18 juin 2009, *L'Oréal c. Bellure*, point 40.

le professeur Clavier : « *En aucun cas, la branche du droit qui encadre une fonction ne peut aboutir à un contrôle juridique de l'élément de langage en tant que tel et conduire, par exemple, à une interdiction générale d'utiliser le terme en question* »[197]. Dans cette optique, le droit européen écarte également la contrefaçon du créateur de liens commerciaux.

Section 2. - L'absence d'exploitation de la marque protégée du fait de la création d'un lien sponsorisé

86. Les liens dits « sponsorisés » ou « commerciaux » sont un type particulier d'hyperliens permettant l'affichage d'une publicité sur un moteur de recherche, en parallèle des résultats naturels. Principalement répandu au sein des moteurs de recherche généralistes[198], ce système permet à des annonceurs d'acheter aux moteurs de recherche des mots clés renvoyant à des marques concurrentes. Lorsque l'internaute effectuera une requête sur la base de ce mot clé, le moteur fera alors apparaître un lien commercial renvoyant vers le site d'annonces. Cet usage d'une marque protégée est-il constitutif d'une contrefaçon ? Au début des années 2000, lorsque les liens commerciaux sont apparus, des incertitudes demeuraient quant au point de savoir s'ils constituaient un acte d'exploitation d'une marque (§1). Le 23 mars 2010, la Cour de justice de l'Union européenne est venue fixer le régime de ces liens dans son célèbre arrêt *Google Adwords*[199]. La CJUE a établi que l'utilisation d'une marque protégée par le créateur de liens ne constituait pas un acte d'exploitation de ladite marque (§2).

§ 1. - Une absence d'exploitation initialement incertaine

87. L'utilisation de marques au sein du mécanisme des liens commerciaux affecte tant les intérêts économiques des titulaires de marques, opposés à ceux des annonceurs concurrents et des moteurs de recherche, que les intérêts des consommateurs[200]. Dans la mesure où cette utilisation porte sur une marque protégée, nous observerons que le système des liens sponsorisés entraîne nécessairement une contrefaçon dans le chef de l'annonceur. Au plan théorique, des incertitudes entouraient le point de savoir si le créateur de liens, généralement un moteur de recherche, était lui-même contrefacteur (A). Ces incertitudes ont en

---

[197] Clavier J-P., L'usage en ligne d'un signe distinctif : aspects de propriété intellectuelle, *op. cit.*, spéc., p. 46.

[198] Le sujet de la contrefaçon de marque du fait du lien sponsorisé est indépendant de la mise en jeu de la responsabilité civile du moteur de recherche. Cette question cruciale sera traitée dans la deuxième partie.

[199] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc.

[200] Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, 2011, Larcier, 238 p., p.139.

conséquence généré des dissensions jurisprudentielles au sein des États membres, qui risquaient de conduire à une fragmentation du marché intérieur de l'Union (B).

A. Des incertitudes quant à la responsabilité du créateur de liens sponsorisés

88. Le fonctionnement des liens sponsorisés soulève un certain nombre de questions relatives à l'application du droit des marques qu'il est relativement aisé de comprendre[201]. Les liens sponsorisés sont une forme de publicité en ligne ; apparus à la fin des années 1990, ils ont connu leur véritable essor à partir de 2002 avec le système *AdWords*[202] du moteur de recherche *Google*. Ce dernier en a largement fixé le modèle[203]. Le système fonctionne de la manière suivante : les moteurs de recherche vendent aux enchères des mots clés à des annonceurs. Lorsque l'internaute effectue une recherche correspondant à ce mot clé ou à un mot au sens voisin, le moteur affiche, en plus des résultats naturels, des liens commerciaux dirigeant vers le site de l'annonceur. Plus le montant de l'enchère est élevé, plus l'annonceur a de chances d'être bien positionné dans la liste des liens commerciaux affichés. L'annonceur verse ensuite un revenu au moteur de recherche en fonction du nombre d'internautes se rendant effectivement sur son site (facturation dit « au coût par clic »). Le montant de ce revenu dépend à la fois de l'enchère de l'annonceur et des enchères de ses concurrents[204]. Il faut préciser que tous les autres services générant des liens sponsorisés, tels que « *AdSense* » chez *Google*, reposent sur ce que le professeur Alain Strowel appelle la « *constellation AdWords* », autrement dit sur la base des mots clés sélectionnés dans le service *AdWords*[205]. Pour les annonceurs, le système de liens sponsorisés est très intéressant : il leur permet de cibler très précisément l'utilisateur-consommateur ainsi que de figurer en bonne position dans les résultats commerciaux. Le problème survient lorsque que ce mot clé se confond avec la marque protégée d'un concurrent.

89. La sélection en mot clé d'une marque concurrente procure indubitablement un avantage concurrentiel pour l'annonceur, particulièrement si celle-ci est attractive (notamment les marques renommées). Cette

---

[201] Larrieu J., Liens sponsorisés : quels risques pour les moteurs de recherche... et pour les autres ? Expertises 2004, p.55 ; Matakovic S., Quel statut pour Google ?, RLDI, n°35, 2008.

[202] Parmi les leaders du marché on retrouve également les systèmes proposés par d'autres moteurs de recherche comme Yahoo Search Marketing ou Microsoft Advertising AdCenter.

[203] Sur le développement des liens commerciaux, v. Sire G., Les moteurs de recherche, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p., p.43 et s.

[204] Sur tous ces éléments V. Sire, G., Les moteurs de recherche, *op. cit.*, p.46 ; Humblot B., Bomsel O., Costanza V., Réflexion sur le droit des marques et l'économique du lien sponsorisé, RLDI 2013, n°89, 2013.

[205] Strowel A., Quand Google défie le droit, *op. cit.*, p.143.

pratique permet, de fait, à l'annonceur de figurer dans une meilleure position que le titulaire de la marque dans les résultats commerciaux. Dans cette hypothèse, le professeur Philippe Gaudrat et Maître Sardain relèvent que les liens commerciaux, par la supériorité concurrentielle qu'ils procurent, peuvent potentiellement aboutir à des cas de contrefaçon de marque. Cette forme de contrefaçon en ligne est appelée le « *position squatting* »[206].

90. En raison de l'immensité des intérêts économiques en présence[207], la controverse juridique visant à établir les responsabilités entre les différents acteurs ne pouvait manquer de naître. L'enjeu devenait alors de déterminer si l'activité de création d'un lien sponsorisé était directement contrefaisante dès lors qu'une marque protégée était réservée en mot clé. Les titulaires de droit avaient en effet tout intérêt à agir contre les moteurs de recherche puisque, ce faisant, ils s'assuraient à la fois de la cessation immédiate et empirique[208] du comportement illicite et de la solvabilité de celui qui assumerait la réparation du préjudice[209]. Durant les années 2000, les tribunaux des États membres de l'Union ont ainsi dû trancher une kyrielle de litiges en matière de liens sponsorisés. La question qui leur était posée concernait, en substance, le point de savoir si, tant le moteur de recherche que l'annonceur portent atteinte à un droit de marque lorsque le mot clé réservé pour créer le lien commercial correspond à une marque protégée. S'appuyant sur les conditions de contrefaçon de marque, les plaideurs cherchaient à faire valoir que les moteurs de recherche commettaient des actes contrefaisants dans le cadre de l'affichage de liens sponsorisés, en plus de l'annonceur.

91. Au vu de la définition donnée par la CJCE dans l'arrêt *Arsenal*[210], la condition de l'usage de la marque dans la vie des affaires pouvait effectivement sembler acquise en matière de liens sponsorisés : le moteur de recherche use de la marque dans le cadre d'une activité commerciale au moment de l'affichage du

---

[206] Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Tome 1, Droit des biens, *op. cit.*, n°1451.

[207] En 2014, les recettes publicitaires de Google s'élevaient à 59 milliards de Dollars, soit 89 % du chiffre d'affaire de la firme, Sire G, Les moteurs de recherche, *op. cit.*, p. 43 ; En France, le marché de la publicité lié à la recherche sur Internet a généré 1, 893 milliards d'euros en 2016, Observatoire de l'e-pub, Communiqué de Presse sur la 17ème édition de l'observatoire de l'e-pub, http://www.sri-france.org/wp-content/uploads/2017/02/CP_Obs-e-pubSRI-PwC-UDECAM_2016_VF.pdf dernière accès le13/12/2018.

[208] Sur ce point, v. également Martial-Braz N., Le droit des marques à l'épreuve des moteurs de recherche in Behar-Touchais N (dir.), L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet, 2016, Vol. 2, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 311 p., p. 83, n° 4.

[209] Martin N., Position squatting et contrefaçon de marque par le fournisseur de liens publicitaires : l'affichage d'un lien sponsorisé est licite lorsqu'il conduit à des produits authentiques, RLDI, n°24, 2007. ; Sur ce point, v. également Martial-Braz N., Le droit des marques à l'épreuve des moteurs de recherche *op. cit.*, n° 4.

[210] Voir *supra*, n°72.

lien[211]. Or cet usage peut créer une confusion dans l'esprit du consommateur entre les produits et services couverts par la marque et les produits et services proposés dans les liens commerciaux. Les tribunaux européens ont néanmoins diversement apprécié la responsabilité des créateurs de liens sponsorisés.

B. Des incertitudes ayant généré des dissonances d'interprétation au sein des États membres

92. La majorité des litiges portés devant les juridictions des États membres concernait la société *Google*. La position dominante du moteur de recherche américain dans le domaine la publicité en ligne était effectivement de nature à susciter l'intérêt contentieux des titulaires de droit[212]. En France, le premier cas concernant des liens commerciaux, l'affaire *Viaticum et Luteciel c. Google France,* fut soumis au TGI de Nanterre et déboucha ultérieurement sur l'intervention de la CJUE[213]. Les parties au litige, les sociétés *Viaticum* et *Luteciel* précitées, étaient titulaires des marques « bourse des vols », « bourse de voyage » et « BDV ». Elles avaient constaté que lorsqu'une recherche comprenant les expressions « bourse des voyages », « bourse des vols » ou « BDV », des liens publicitaires vers des sites concurrents étaient affichés par la société Google car ces derniers avaient acheté les mots clés « vol », « voyage » ou « bourses » sur le système *AdWords*. *Google* refusant d'empêcher la réservation de ces mots clés, les sociétés demanderesses l'ont assigné pour contrefaçon de marque. Dans sa décision, le tribunal, reprenant les conditions classiques du droit des marques, avait estimé que « *même si l'achat de ces liens publicitaires s'effectue généralement « en ligne » au moyen de procédures largement automatisées, il est clair que la société Google France intervient dans cette prestation* [...] ». Il avait en conséquence condamné *Google* pour contrefaçon directe. D'autres décisions françaises sont venues entériner et prolonger cette approche du lien sponsorisé[214]. Ailleurs dans l'Union européenne, certains tribunaux ont adopté une position

---

[211] D'aucuns ont soutenu que l'usage de la marque naissait dès la suggestion à l'internaute du mot clé correspondant à la marque. Mais au moment de la suggestion la marque n'est pas comparée à un produit ou service concurrent. Dans ces conditions, il n'y a donc ni usage à titre de marque ni confusion entre deux services ou produits similaires. Les conditions de contrefaçon ne sont donc pas réunies à cette étape du processus de création du lien sponsorisé V. par exemple : CA Versailles, 2 novembre 2006, *Sté Overture c. Sté Accor*.

[212] Matakovic S., Quel statut pour Google ?, préc., n°1163.

[213] TGI Nanterre, *Viaticum et Luteciel c. Google France*, 13 oct. 2003, www.legalis.net.

[214] V. par exemple TGI de Nanterre, ordonnance de référé du 16 novembre 2004, *Hôtels Méridiens c. Google France*, www.legalis.net; Tribunal de Nanterre, 17 janvier 2005, *Accor c. Overture* ; Sur lesquelles v. Tréfigny P., Les liens commerciaux et le droit des marques *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 94 ; Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, tome 1, *op. cit.*, n°1455 ; Joslove Br. L. et Krylov A. V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, RLDI, n°6, 2005.

similaire. En Allemagne, le Tribunal de Hambourg[215] a interdit en référé à *Google Allemagne* de permettre l'usage de la marque « *Preispiraten* » dans *Google AdWords*, pour des faits analogues à ceux de l'affaire *Viaticum et Luteciel c. Google France*[216]. Les juges néerlandais, belges, italiens ont également rendu des décisions établissant une contrefaçon de marque du fait du lien sponsorisé. Dans toutes ces décisions, les juges se sont fait l'écho d'une vision contrefaisante du lien sponsorisé : le moteur de recherche use de la marque en proposant des mots clés correspondant à des marques. Selon cette approche, le lien sponsorisé n'est pas neutre en tant qu'il véhicule la marque de telle manière à l'exploiter.

93. Mais d'autres juridictions se sont montrées réticentes à retenir une contrefaçon de marque du fait du lien commercial. Ainsi, dans l'affaire allemande « *Preispiraten* », les juges du fond ont estimé que *Google* n'était pas à l'origine de la contrefaçon et ne pouvait donc pas en être tenu pour responsable[217]. Les juges français, britanniques, belges, néerlandais ou autrichiens ont émis de pareilles réserves[218]. Le jugement *Kertel c. Google France*[219] nous semble emblématique des ambiguïtés entourant la contrefaçon résultant de l'utilisation d'une marque dans le processus de création d'un lien commercial. Dans cette affaire, les juges ont estimé que le fait de proposer en mot clé la marque « *Kertel* » dans *AdWords* n'est pas contrefaisant dans la mesure où l'usage de cette marque « *ne s'accompagne d'aucune proposition de produits ou services visés à l'enregistrement de la marque opposée mais participe d'une activité de prestataire de service de publicité* ». Ici, les juges ont considéré qu'en donnant les moyens de réaliser la contrefaçon, le système de liens sponsorisés ne la commet pas lui-même, le simple fait de reproduire la marque n'étant pas suffisant. Selon eux, il faut en effet que cette reproduction engendre une confusion entre les produits et services couverts par la marque et des services identiques ou similaires ayant une autre provenance. Or comme a pu le souligner une partie de la doctrine, le moteur de recherche n'associe pas lui-même le mot clé reproduisant la marque aux biens ou services dont il sera fait publicité dans le lien

---

[215] Oberlandesgericht Hamburg, 4 mai 2006, aff. 312 O 324/04 ; Glaize F., Nappey A., Lamy droit des médias et de la communication, étude 473 – 3, Les liens publicitaires sur Internet, Aperçu de la jurisprudence étrangère.

[216] Joslove B. L. et Krylov A. V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, préc.

[217] *Ibid*.

[218] Glaize F., Nappey A., Les liens publicitaires sur Internet, Aperçu de la jurisprudence étrangère, Lamy droit des médias et de la communication, préc ; V. également dans le cas britannique : Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tomes 1, *op. cit*., n°1453 et n°1456 ; Joslove B. L. et Krylov A. V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, préc ; Sur le cas britannique en particulier, v. Logeais E., Pop up : L'art de la fugue, Propr. Intell. n°12, 2004, p. 811.

[219] TGI de Paris, 8 décembre 2005, *Kertel c. Google France, Google Inc. et Carterphone*, Juriscom.net, dernier accès le 01/03/2017 ; Glaize F., Liens publicitaires ; suggérer, est-ce contrefaire ? RLDI, n°36, 2008.

commercial ; ce choix revient à l'annonceur qui doit rester le seul contrefacteur[220]. C'est en effet ce dernier, et non le moteur de recherche, qui fait un usage de la marque à titre de marque, pour désigner des produits ou services concurrents. Dans cette perspective la création d'un lien sponsorisé n'impacterait pas, en elle-même, l'exploitation d'une marque.

94. Ainsi que l'a relevé Monsieur Glaize[221], les dissonances jurisprudentielles se concentraient donc sur le point de savoir en quoi et dans quelle mesure un usage susceptible de porter atteinte à l'identité d'origine de la marque, était réalisé ou non lors de la création d'un lien sponsorisé. Il découlait de ces incertitudes un risque de fragmentation du marché intérieur puisque, en fonction de l'État membre concerné, la pose d'un lien sponsorisé était soumise ou non à l'autorisation du titulaire du droit. Il en résultait un manque patent de sécurité juridique tant pour les créateurs de liens sponsorisés que pour les titulaires de droit. Ces divergences d'approche appelaient, de fait, une intervention de la CJUE afin d'harmoniser l'approche européenne en la matière.

L'arrêt *Google AdWords*, rendu à l'occasion d'une question préjudicielle en interprétation posée par la Cour de cassation française dans le cadre de l'affaire *Viaticum et Luteciel c. Google France*, a permis de lever ces incertitudes[222].

§ 2. - Une absence d'exploitation consacrée par la CJUE

95. L'arrêt *Google AdWords* de la CJUE, rendu 23 mars 2010, visait à délimiter la responsabilité de l'annonceur et du moteur de recherche au regard du droit des marques, en matière de liens commerciaux. Il s'agissait par conséquent de déterminer d'une part si l'annonceur, en réservant un mot clé correspondant à une marque protégée, effectuait un usage contrefaisant de la marque et, d'autre part, si le créateur de liens sponsorisés, en l'occurrence *Google*, réalisait un usage contrefaisant de la marque. Telles étaient en substance les questions préjudicielles portant sur l'interprétation du droit des marques[223] posées par la Cour

---

[220] Glaize F., Liens publicitaires : suggérer, est-ce contrefaire ? préc. ; Thoumyre L., De la responsabilité arachnéenne sur Internet ; quelle issue pour les tisseurs de lien en France ?, Lex Electnocia.org, Vol. 1, n°10, 2005 ; Logeais E., Liens promotionnels ; quel rang tenir ? note sous TGI Nanterre, *Viaticum et Luteciel c. Google France*, 13 oct. 2003, Propr. Intell. 2004, n°12, p. 811.

[221] Glaize F., Liens publicitaires : suggérer, est-ce contrefaire ? préc.

[222] Cass. Com., 20 mai 2008, n° 06-20.230, Google France, Google inc c. Louis Vuitton Malletier ; Cass. Com., 20 mai 2008, N°05-14.331, Google France c. Viaticum et Luteciel ; Cass.com., 20 mai 2008, n° 06-15.1336, Google France et Tiger c. CNRRH, Thonet et Rabouin.

[223] Il s'agissait en particulier de l'article 5 § 1 a) et b) de la Première directive n°89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOCE L 40 du 11/02/1989, p. 1 et , de l'article 9, § 1 a) et b) du Règlement (CE) n°40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE n° L11, 14/01/1994, p.1.

de cassation française à la CJUE[224]. Une troisième question concernait l'application du régime de responsabilité des intermédiaires techniques aux moteurs de recherche[225]. Toutefois, cette question relève de l'étude des régimes de responsabilité applicables aux poseurs de l'hyperlien[226] et sera étudiée séparément.

96. Selon quelle méthode faut-il analyser ce double niveau d'intervention dans le cadre d'un questionnement sur la délimitation de la liberté de lier ? Seul le rôle du moteur de recherche doit être pris en compte du point de vue de la liberté de lier car il est celui qui mène l'activité de création de liens. La situation de l'annonceur est en revanche indifférente puisqu'il ne crée pas de lien, il ne lie pas. Ainsi, lorsque la CJUE estime que la contrefaçon de marque est réalisée exclusivement par l'annonceur, elle ne remet pas en cause la liberté de créer des liens sponsorisés ; elle limite simplement la possibilité d'en faire usage (A). À l'inverse, la Cour se prononce en faveur de cette liberté en estimant que le créateur de liens ne réalise aucun acte d'exploitation lorsqu'il fait usage de la marque (B).

A. Une contrefaçon réalisée exclusivement par l'annonceur sélectionnant le mot clé

97. Reprenant une à une les conditions permettant d'établir une contrefaçon de marque, la CJUE va en déduire que l'annonceur commet un acte de contrefaçon. S'agissant de la première condition, la Cour estime que l'annonceur fait un usage de la marque dans la vie des affaires. La Cour caractérise d'abord l'usage de la marque lors de l'achat du mot clé par l'annonceur en estimant que cet usage git dans la sélection de la marque. La CJUE juge ensuite que cet usage prospère sans conteste dans la vie des affaires en ce sens qu'il vise nécessairement à obtenir un avantage économique : il s'agit pour l'annonceur de figurer en bonne position et d'être visible dans les résultats de recherche de manière à ce que les internautes puissent facilement accéder au site sur lequel il offre ses produits ou ses services. La Cour retient ainsi que « *la sélection du mot clé identique à la marque a pour objet et pour effet l'affichage d'un lien promotionnel vers le site sur lequel il offre à la vente ses produits ou ses services. Le signe sélectionné en tant que mot clé étant le moyen utilisé pour déclencher cet affichage publicitaire, il ne saurait être contesté que l'annonceur en fait un usage dans le contexte de ses activités commerciales et non dans le domaine privé* »[227].

---

[224] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 32.
[225] *Ibid*.
[226] V. *infra*, n°542.
[227] CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417, point 52.

98. Concernant la seconde condition, la CJUE relève que l'usage de la marque par l'annonceur est bien effectué pour désigner des produits ou des services, c'est-à-dire à titre de marque. Cela reste vrai, souligne la Cour, même dans les cas où la marque protégée n'apparaîtrait pas dans le lien sponsorisé, à l'inverse de ce que la société Google soutenait[228]. Pour cette dernière, en l'absence de mention de la marque dans le lien, l'usage ne pouvait désigner aucun produit ou service. La Cour repousse l'argument en estimant que dans la logique du système *AdWords* « *caractérisée par le fait qu'un signe identique à une marque est sélectionné en tant que mot clé par un concurrent du titulaire de la marque dans le but de proposer aux internautes une alternative par rapport aux produits ou aux services dudit titulaire, il y a usage dudit signe pour les produits ou les services dudit concurrent* »[229]. Pour la CJUE, il existe une relation entre le mot clé sélectionné et le lien commercial qui permet à l'internaute de prendre connaissance des produits ou services offerts par l'annonceur. C'est en ce sens que l'usage de la marque par l'annonceur vise bien à désigner des produits et services, même si cette relation est invisible aux yeux de l'internaute.

99. Enfin, s'agissant de la fonction essentielle de garantie de l'identité d'origine, la CJUE entend laisser le soin aux juridictions nationales d'apprécier s'il lui est porté atteinte. La Cour leur fournit néanmoins un guide : pareille atteinte sera caractérisée dès lors que « *l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque* » ou « [l]*orsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci* »[230]. Comme cela a été confirmé dans l'arrêt *Portakabin*[231], puis précisé dans l'arrêt *Interflora*[232], les juges nationaux doivent donc désormais procéder à une appréciation *in concreto* des conditions dans lesquelles le lien commercial apparaît à l'internaute, afin de déterminer si le lien peut prêter à confusion quant à l'origine des services ou produits en cause.

100. La Cour évoque également une possible atteinte à la fonction de publicité de la marque du fait du lien sponsorisé[233]. En vertu de cette fonction, le titulaire du droit de marque serait fondé à interdire l'usage qui « *porte atteinte à l'emploi de la marque, par son titulaire, en tant qu'élément de promotion des ventes*

---

[228] *Ibid*., point 64.
[229] *Ibid*., point 69.
[230] *Ibid*., points 89 et 90.
[231] CJUE 8 juillet 2010, aff. C-558/08, *Portakabin*, p. I-06963, point 35.
[232] CJUE 22 septembre 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, p. I-08625, points 44 à 53.
[233] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 91.

ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale »[234]. La Cour va cependant écarter rapidement l'atteinte à cette fonction. Elle relève pour ce faire que la sélection, par un internaute, d'un mot clé correspondant à la marque devrait déclencher l'apparition du site du titulaire de cette marque dans les premières positions de la liste des résultats naturels, en plus des liens commerciaux. Or pour la Cour, cela conduit à assurer une visibilité suffisante au titulaire du droit, dans le respect de la fonction de publicité de la marque.

101. Face à la complexité technique du système des liens sponsorisés, la Cour de justice démontre donc méthodiquement que les conditions de contrefaçon du fait de l'annonceur peuvent être réunies lorsque ce dernier sélectionne un mot clé proche ou correspondant à une marque protégée. L'usage de la marque à titre de mot clé est alors susceptible de se superposer à l'exploitation de cette marque par son titulaire, dans le cas où la présentation de l'annonce n'est pas purement descriptive ou informative[235]. Il convient bien de préciser que ce n'est pas la création du lien sponsorisé en tant que tel qui pourrait mettre en jeu le droit de marque. C'est bien le mot clé sélectionné par l'annonceur, et la manière dont il entend présenter son annonce qui peuvent réunir les conditions de contrefaçon[236]. À cet égard la liberté de lier, au sens de la liberté du moteur de recherche de créer des liens sponsorisés, n'est pas remise en cause dans ce cas de figure. Par ailleurs, cette liberté n'est pas remise en cause lorsque l'on se penche sur la situation juridique du moteur de recherche vis-à-vis de la marque protégée utilisée en tant que mot clé.

B. L'absence de contrefaçon du créateur du lien sponsorisé à défaut d'exploitation de la marque

102. Le moteur de recherche qui, sans l'autorisation du titulaire de marque, met à disposition des mots clés correspondants ou similaires à des marques protégées et organise à partir de ces mots clés la création et l'affichage de liens publicitaires vers des sites internet offrant des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par la marque, fait-il un usage illicite de la marque ? Telle était la seconde question et l'enjeu principal de l'affaire *Google AdWords*.

103. La CJUE va à nouveau se pencher sur les différentes conditions de la contrefaçon pour les appliquer au moteur de recherche *Google* dans le cadre de la création de liens sponsorisés. Comme pour

---

[234] *Ibid*., point 92.

[235] En ce sens CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *AdWords*, Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, préc., point 107.

[236] En ce sens, Tréfigny P., Les liens commerciaux et le droit des marques *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 98.

l'annonceur, elle étudie en premier lieu la condition d'un usage de la marque dans la vie des affaires[237]. Or il ne fait pas de doute pour la Cour de justice que le moteur de recherche remplit cette condition. La Cour relève, dans un premier temps, que le moteur de recherche tire profit du stockage, pour le compte des annonceurs, de signes identiques à des marques protégées en tant que mots clés, puis de l'affichage de liens commerciaux à partir de ceux-ci[238]. Mais elle estime dans un second temps qu'il n'en découle pas que le moteur de recherche fasse lui-même usage des signes au sens du droit européen des marques. Pour la Cour, un tel usage requiert que celui qui le commet, le fasse dans le cadre de sa propre communication commerciale, ce qui n'est pas le cas du moteur de recherche[239]. Ce dernier ne fait que le permettre, peu importe qu'il soit rémunéré à cette fin ou pas. Enfin, le raisonnement doit être le même en matière de marques renommées : le prestataire de liens sponsorisés ne fait pas non plus, dans ce cadre, usage d'une marque renommée[240].

104. Dans cet arrêt, l'analyse que propose la Cour de la condition de *l'usage dans la vie des affaires* est assez expéditive. C'est sans doute pour cette raison que cette décision a suscité de fortes critiques au sein de la doctrine[241]. Nous souhaitons donc revenir sur ce point. Selon la Cour, un usage contrefaisant d'une marque requiert que cet usage soit réalisé dans le cadre la communication commerciale de celui qui en est à l'origine. À défaut, la Cour considère qu'il n'y a pas d'usage de la marque, au sens du droit des marques. Le postulat qui semble fonder ce raisonnement est que celui qui commet un usage de la marque hors de sa propre communication commerciale ne commet pas, *in fine*, un usage qu'il est possible de rattacher directement à une activité commerciale. Autrement dit, à défaut de communication commerciale par et pour celui qui commet l'*usage*, il y aurait comme une cassure entre l'*usage* d'une part, et la *vie des affaires* d'autre part. Par conséquent, il n'est plus possible d'envisager d'un seul trait un *usage dans la vie des affaires*. Comme le relève Céline Castets-Renard, cela revient à « *réserver la notion « d'usage » à l'activité économique de celui pour le compte duquel il est réalisé...* », à savoir à l'activité économique de l'annonceur[242].

105. À cet égard, le raisonnement de la Cour peut paraître quelque peu simpliste. *Google* a également un intérêt financier majeur à ce que la marque soit réservée en tant que mot clé et ce, en raison du système

---

[237] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc, point 53.
[238] *Ibid*., point 55.
[239] *Ibid*., point 57.
[240] *Ibid*., point 104.
[241] V. notamment, Castets-Renard C., Système Adwords : Google n'est ni contrefacteur, ni complice d'acte de contrefaçon, RLDI, n°61, 2010.
[242] *Ibid*.

d'enchères. *Google* profite du fait que le mot clé soit une marque pour attirer les annonceurs et faire grimper les enchères. Il aurait été souhaitable que la Cour soit moins catégorique s'agissant de la condition de *l'usage de la vie des affaires*. Il n'en demeure pas moins qu'une fois décryptée, la solution paraît juridiquement satisfaisante. La confusion tient, nous semble-t-il, au fait que la Cour traite dans un même mouvement de *l'usage dans la vie des affaires* et de *l'usage à titre de marque*. La condition qui fait défaut en l'espèce est plutôt *l'usage à titre de marque*. En n'usant pas de la marque dans le cadre de sa propre communication commerciale, le moteur de recherche n'est pas amené par lui-même à designer des produits ou services ayant une origine déterminée, même si son activité prend indiscutablement place dans le cadre de *la vie des affaires*[243]. C'est en ce sens que *Google* ne fait pas un *usage* de la marque, au sens du droit des marques : du point de vue du moteur de recherche, le système de liens sponsorisés n'a pas cette fonction. Dès lors, s'il eut été plus satisfaisant de distinguer clairement l'usage à titre de marque de l'usage dans la vie des affaires, c'est à juste titre que la CJUE a estimé qu'en l'absence d'usage de la marque dans le cadre de sa propre communication commerciale, le moteur de recherche ne commet pas de contrefaçon de marque.

106. Cette solution est parfaitement conforme à la fonction du droit de marque qui est la protection du pouvoir d'identification de la marque[244]. Or, comme la Cour l'a souligné, seul l'annonceur est directement en mesure de troubler ce pouvoir, en tirant directement profit de la confusion que l'annonce est susceptible d'engendrer dans l'esprit du consommateur. Le système de liens sponsorisés n'est, quant à lui, que le véhicule neutre de ce trouble car il ne s'introduit tout simplement pas directement dans la sphère de ce droit exclusif.

Conclusion de la section 2

107. Le système des liens sponsorisés entraîne un risque de contrefaçon dès lors que le mot clé réservé par l'annonceur se confond avec une marque protégée. Après certaines hésitations jurisprudentielles au plan national, l'arrêt *Google AdWords* de la CJUE est venu fixer le régime du lien sponsorisé au regard du droit des marques. Il en découle que seul l'annonceur est susceptible d'y porter atteinte. En revanche, la CJUE a estimé que le moteur de recherche ne réalise aucune contrefaçon puisque la création du lien sponsorisé ne relève pas d'un usage de la marque dans la vie des affaires au sens du droit des marques. Au-delà de la technique juridique mise en œuvre, cette solution serait conforme à l'esprit libéral du droit

---

[243] En ce sens V. Pollaud-Dullian F., L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet, Propr. Intell., n°36, 2010, p. 824.

[244] De Haas C., La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres, préc.

européen des marques[245]. Les textes européens portant sur l'harmonisation du droit des marques ont pour objectif la réalisation du marché intérieur par le biais de la libre circulation des marchandises et des services ainsi que par une concurrence effective[246]. Or, comme l'explique le professeur Laure Marino, la Cour de justice va dans ce sens en limitant « *le champ d'action* [du droit des marques] *à celui seul qui commet l'acte, parce que cette vision individualiste de l'imputabilité favorise la liberté de chacun... et par conséquent le marché* »[247]. C'est donc dans cette perspective que s'inscrit la création de liens sponsorisés, dont la neutralité à l'égard de l'exploitation d'une marque induit la liberté de lier.

[245] Marino L., Google au pays des publicités : du droit des marques au droit de la responsabilité, JCP G, n°23, 2010.

[246] Directive (UE) n°2015/2436, préc., considérants 2 et 8 ; Règlement (CE) n° 207/2009, du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire, JOCE L 78 du 24/03/2009, p.1 considérant 2.

[247] Marino L., Google au pays des publicités : du droit des marques au droit de la responsabilité, préc.

Conclusion du chapitre 1

108. L'hyperlien, s'il peut communiquer ou véhiculer la marque protégée d'un tiers, d'une manière plus ou moins visible, le fait d'une manière neutre, c'est-à-dire ne conduisant pas à l'exploitation de la marque protégée. L'analyse des rapports entre le lien et le droit des marques nous a permis d'identifier clairement les raisons de cette absence générale d'exploitation : le droit des marques ayant une finalité précise et limitée, la protection qu'il offre est strictement cantonnée à la fonction essentielle de la marque, à savoir l'identification des produits ou services par la marque[248]. Or un signe ne saurait exercer cette fonction essentielle d'une marque que s'il est utilisé dans la vie des affaires et à titre de marque.

109. Le lien fait un usage de la marque qui, sauf cas particulier et circonscrit, ne remplit pas les exigences *sine qua non* d'une mise en jeu du droit de marque. En conséquence, la création d'un lien usant d'une marque n'est pas soumise, *ipso facto*, à « *un contrôle général et virtuellement absolu* »[249] du titulaire du droit. Cette approche est d'ailleurs parfaitement conforme à la logique de ce droit, qui est enserré dans une finalité délimitée et précise[250]. La liberté de lier en ressort ainsi largement préservée.

110. Toutefois, les relations entre l'hyperlien et le droit de marque ne constituent qu'une partie de l'équation de la liberté de lier confrontée à la propriété intellectuelle. L'enjeu majeur se situe au niveau de la propriété littéraire et artistique. En raison de sa nature particulièrement accueillante[251], la protection offerte par la propriété littéraire et artistique est propre à saisir un grand nombre des contenus présents sur Internet vers lesquels les liens renvoient. Dans cette perspective également, la liberté de lier dépend du point de savoir si l'activité de lier est soumise à un régime d'autorisation au titre de l'un des droits exclusifs de la propriété littéraire et artistique.

Chapitre 2. - L'autorisation des titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins pour la pose d'un lien : un préalable requis par exception

111. Le droit européen du droit d'auteur et des droits voisins a vocation à jouer un rôle central dans l'appréhension de l'hyperlien. Plusieurs éléments connexes permettent d'envisager cette prééminence. Le

---

248 Passa J., Les conditions générales d'une atteinte sur une marque, préc.

249 CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *AdWords*, Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro préc, point 123.

250 En ce sens v. notamment Passa J., Droit de la propriété industrielle, tome 1, *op. cit.*, n°38 et n°231 ; Haas C., La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres, préc ; Vivant M., Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle, JCP E n°22, 1993.

251 L'expression « œuvres et prestations protégées » est reprise du professeur Lucas afin de désigner les contenus protégés à la fois par le droit d'auteur et par les droits voisins ; Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p, n°28.

premier est factuel : sur Internet les œuvres protégées par le droit d'auteur sont partout. Cette protection est en effet accessible à nombre de contenus créatifs puisqu'elle s'adresse, conformément à la jurisprudence de la CJUE, à un objet original « *en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur* »[252]. Plus précisément, il suffira que la création témoigne de « *choix libres et créatifs* »[253] de la part de l'auteur pour satisfaire ce critère d'originalité. La notion d'œuvre protégée doit donc être entendue largement en droit de l'UE[254]. Il faut préciser que les fragments d'une œuvre sont tout autant susceptibles d'être protégées. Il suffit que ce fragment soit lui-même original, ou qu'il concoure à l'originalité de l'œuvre[255]. Par ailleurs, les liens pointent régulièrement vers des bases de données protégées par la directive 96/9/CE[256], tant au titre du droit d'auteur que du droit *sui generis*. Nombreux sont en effet les sites du web susceptibles de recevoir une telle qualification (sites de presse en ligne, moteurs de recherche, forum etc). Il est donc fréquent qu'un lien renvoie vers une œuvre ou un objet protégé, ou que le pointeur en reprenne une partie, un titre, quelques extraits ou quelques mots.

112. Le second élément relève de la technique juridique : la création d'un hyperlien vers une œuvre ou un objet protégé peut impliquer des actes de reproduction ou de communication au public susceptibles d'entrer dans le champ d'application du droit d'auteur[257] ou du droit *sui generis* sur les bases de données[258]. Si tel devait être le cas, ces actes devraient alors être autorisés par le titulaire du droit[259]. Particulièrement féconde à ce sujet, la jurisprudence de la CJUE est récemment venue éclairer ce point afin de mieux définir le régime de l'hyperlien en droit d'auteur.

---

252 CJCE 1 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq*, p. I-06569, point 37.

253 CJUE 18 octobre 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco*, Rec. général, point 38 ; CJUE 1er décembre 2011, aff. C-145/10, *Painer*, Rec. p. I-12533, point 92.

254 En ce sens, v. CJCE 1 juillet 2009, Infopaq, préc., point 43 : « *Par conséquent, la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29 doit avoir une portée large* ».

255 *Ibid*., point 38 : « *En ce qui concerne les parties d'une œuvre, il y a lieu de constater que rien dans la directive 2001/29 ou dans une autre directive applicable en la matière n'indique que ces parties sont soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière. Il s'ensuit qu'elles sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière* ». Sur ce point, v. Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2ème éd., 2012, Dalloz, coll. Précis, 1102 p., n° 277 ; Benabou V-L., obs. sous, CJUE 1 juillet 2009, Infopaq, aff. C-5/08, p. I-06569, Propr. Intell. n°33, p. 378 ; Benabou V-L., L'originalité, un janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 33.

256 Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1990, p. 20.

257 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), art. 21, JOCE n° L178 du 17/07/2000, p.1-16.

258 Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1990.

259 Sur ce point, v. en particulier, Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 109.

113. Le troisième et dernier élément concerne le débat sur le partage de la valeur en ligne[260] récemment porté par la Commission européenne[261] et dans lequel l'hyperlien tient l'un des rôles principaux. Les fermes de liens et les agrégateurs d'actualité tels que *Google News*[262], sont particulièrement pointés du doigt dans le cadre de ce débat. L'enjeu du partage de la valeur devrait prochainement trouver sa traduction juridique au sein de la directive DAMUN[263], que le Parlement européen a définitivement adoptée (le texte doit cependant être approuvé par le Conseil de l'UE avant d'entrer en vigueur). Le partage de la valeur en ligne constitue donc désormais un aspect incontournable de l'appréhension européenne de l'hyperlien.

114. Dans ce contexte, il s'agira de déterminer dans quelle mesure l'application du droit d'auteur et des droits voisins est susceptible d'affecter négativement la liberté de lier. Tel sera le cas si l'application des droits exclusifs précités impose au lieur d'obtenir l'assentiment des titulaires de droits préalablement à la pose du lien. À cette fin, nous distinguerons sous un jour technique deux aspects de la création de liens : les actes préparatoires à la création de liens, tels que le *crawling* ou le stockage temporaire et, d'autre part, l'affichage de l'hyperlien qui consiste à présenter l'hyperlien aux internautes. Si d'autres distinctions sont possibles[264], celle que nous retenons permettra d'envisager de façon exhaustive et synthétique l'application du droit d'auteur et des droits voisins à l'ensemble des usages et des procédés de création de l'hyperlien. Dans cette optique, nous observerons que l'application du droit d'auteur et des droits voisins tant aux actes préparatoires à la création de lien qu'aux actes relatifs à la présentation de l'hyperlien est favorable à la liberté de lier. Les premiers, s'ils constituent des actes de reproduction, sont néanmoins licites, en particulier parce qu'ils bénéficient du jeu des exceptions au droit d'auteur (**Section 1**). Quant aux seconds, ils ne rentrent que rarement dans le champ d'application du droit d'auteur ou des droits voisins. Par

---

[260] L'expression du « partage de la valeur en ligne » a fait une entrée récente et fracassante dans le champ du droit de l'UE à l'occasion de la proposition de directive DAMUN. Nous y reviendrons plus en détail à l'occasion des développements à venir. Pour l'heure, il suffit de retenir que cette expression renvoie à l'idée qu'il est nécessaire d'instaurer une répartition plus équitable de la valeur créée sur les plateformes en ligne à partir des contenus numériques, au profit des industries culturelles et des créateurs.

[261] V. Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016.

[262] V. Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc. ; Strowel A., Le défi des agrégateurs d'actualités : toujours pas de réponse convaincante. Retour sur les lois anti-Google et les arrêts *Infopaq*, *Meltwater*, et *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p., p. 109.

[263] Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231, art. 15.

[264] Classiquement, la doctrine envisage plutôt l'acte de création de liens sous l'angle du droit de reproduction d'une part et, d'autre part, sous l'ange du droit de communication au public. V. par ex. Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 109 ; Sardain F., Liens Hypertextes, JCl Communication, Fasc. 4730, 2009, n°5.

conséquent, l'activité de lier ne serait pas, en tant que telle, soumise un doit exclusif au titre du droit d'auteur ou des droits voisins (**Section 2**).

115. Remarques préalables. - Les développements qui suivront traiteront de l'application du droit d'auteur et des droits voisins à l'hyperlien uniquement sous l'angle des prérogatives patrimoniales dont les titulaires des droits peuvent se prévaloir. L'hyperlien est également susceptible de troubler les prérogatives morales des auteurs[265] que le droit de tradition continentale[266] reconnaît généralement aux auteurs d'œuvres protégées. Parmi les prérogatives morales de l'auteur, le droit de paternité et le droit au respect[267] de l'œuvre semblent particulièrement exposés[268]. Cependant, ces prérogatives morales n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation à l'échelle de l'Union ; le considérant 19 de la Directive 2001/29 prévoit ainsi que : « *Le droit moral reste en dehors du champ d'application de la présente directive* »[269] du droit de l'Union européenne. Dans le cadre d'une harmonisation européenne fondée sur la réalisation du marché intérieur, le choix fut fait par le législateur européen de cantonner l'harmonisation du droit d'auteur à sa composante patrimoniale[270]. Les droits moraux en sont exclus dans la mesure où, de par leur dimension personnaliste, leur impact sur le marché intérieur serait réduit[271]. En conséquence, seuls les rapports entre l'hyperlien et la dimension patrimoniale des droits de propriété littéraire et artistique seront envisagés ci-après, à l'exclusion de la dimension morale.

---

[265] Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion, préc., p.17.

[266] Dietz A., le droit moral de l'auteur (droit civil). Rapport général, in Le droit moral de l'auteur, Congrès d'Anvers ALAI, 1993, p. 25.

[267] Par exemple, le droit au respect qui, schématiquement, permet à l'auteur d'une œuvre de s'opposer à toute altération ou modification qui dénaturerait cette dernière, pourrait être menacé d'atteinte du fait du lien en fonction de la nature de ce dernier et du contexte dans lequel il est posé. Ainsi, un lien transclusion qui ne renverrait que vers une partie de l'œuvre ou une œuvre qui serait associée à des contenus peu recommandables du fait d'un lien semble susceptible de dénaturer l'œuvre liée. À cet égard, le cas du lien automatique posé à partir d'un site du Ku Klux Klan vers une image de la bande dessinée Dilbert, dont le titulaire des droits était la société United media, est souvent donné à titre d'illustration de ce phénomène ; v. Stangret L. A., « The legalities of linking on the World Wide Web », in Communications Law, 1997, vol. 2, p. 207 cité par Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p.104, n°3 ; et par Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, préc.

[268] Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion, préc. ; Sardain F., Liens Hypertextes, JCL Communication, préc., n°40 et s. ; Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, droit et technologies.org, 2001, 37 p., p. 23 , https://www.droit-technologie.org/dossiers/responsabilite-des-intermediaires-le-probleme-des-hyperliens/ dernier accès le 01/03/2019 ; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 50 et 51 ; Strowel A., Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet, À propos des hyperliens : Auteurs & Médias, n°4, 1998, p. 296, . p. 303 ; Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p., n°481.

[269] La directive 96/9/CE concernant la protection juridique de bases de données, qui nous intéresse également au stade de l'affichage du lien, exclut pareillement l'harmonisation du droit moral : Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1990, considérant 28.

[270] Castets-Renard C., JCl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1840. Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur, 2016, n°2 et 25.

[271] V. *contra*. Strubel X., La société de l'information et le droit d'auteur *in* Blandin A., L'Union européenne et Internet, 2001, Éditions Apogées, 192 p., p. 135.

Section 1. - Les actes préparatoires à la création automatique de liens : des actes de reproduction licites

116. Les liens créés par les moteurs de recherche ou les agrégateurs de contenus impliquent la mise en œuvre de précessus techniques préalablement à la pose de l'hyperlien. Ces actes préparatoires à la fourniture du lien sont désignés par l'expression *crawling*[272]. Ils requierent de nombreuses reproductions d'œuvre protégées, normalement soumise au droit d'auteur. Le jeu des exceptions doit cependant permettre d'écarter l'application du droit de reproduction de la directive 2001/29 (§1). Pareillement, le *crawling* peut viser des bases de données protégées par le droit *sui generis* accordé au fabricant d'une base par la directive 96/9/CE. Nous montrerons que, dans ce cas également, la mise en jeu du droit exclusif semble relativement limitée (§2).

§ 1. - Le *crawling*, des reproductions ne nécessitant pas d'autorisation

117. Les actes préparatoires à la création d'un lien sont en principe couverts par le droit de reproduction, que la directive « InfoSoc » a souhaité étendu (A). Toutefois, cette directive a également consacré une exception obligatoire en matière de « copies provisoires », qui semble devoir bénéficier au *crawling* (B). Par ailleurs, l'application de cette exception ne paraît pas remise en cause par les propositions visant un meilleur partage de la valeur en ligne, en cours d'adoption au sein de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DAMUN) (C).

A. Un système de reproduction technique couvert par le droit de reproduction

118. Les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité sont continuellement amenés à parcourir les documents du web afin d'être à jour des évolutions de ce dernier. Il s'agit ainsi de proposer aux utilisateurs finaux des résultats sous forme de liste de liens qui soient le plus « frais » possible. À cette fin, les concepteurs des moteurs de recherche mettent en place des logiciels dit de « *crawling* » dont la tâche est de parcourir le web et de copier les ressources qui s'y trouvent.[273] Cette opération vise à prendre connaissance des ressources présentes sur le web et à évaluer leur pertinence avant de procéder à leur indexation. L'indexation va consister à analyser puis à classer les ressources collectées lors du *crawling*

[272] V. *infra*, n°123.
[273] Sire G., Les moteurs de recherche, *op. cit.*, p. 19 et 20.

afin de rendre possible un traitement algorithmique qui permettra, en fin de processus, de proposer une liste de liens à l'utilisateur final.

119. Lors des opérations de *crawling* et d'indexation, le moteur de recherche ou l'agrégateur de contenus est nécessairement amené à effectuer, sur ses propres serveurs, des copies des contenus qu'il sonde[274]. Ces copies sont couramment dénommées « copie caches » ou « *caching* » en anglais. Elles s'apparentent normalement à un stockage limité dans le temps et ont pour objectif de faciliter le traitement de l'information sans nuire au trafic internet[275]. Il arrive également que les moteurs de recherche conservent ces « copies caches » sur leur serveur et qu'ils en proposent l'accès aux utilisateurs par le biais d'un « lien en cache », quand bien même la ressource ayant fait l'objet d'une telle copie n'est plus accessible sur le web[276]. À l'instar du CSPLA, il est nécessaire de distinguer ces deux dimensions de la copie cache[277] [278]. En effet si ces dernières sont toutes deux issues de l'opération de *crawling*, elles n'ont pas les mêmes finalités. Nous le verrons, cette différence n'est pas neutre du point de vue du droit. Quoi qu'il en soit la reproduction d'un contenu est au cœur des actes préparatoires à la création automatique des liens, elle en est même la condition *sine qua non*. Or ces actes ont vocation à entrer dans le champ d'application du droit d'auteur au titre du droit de reproduction. Ce droit est l'une des prérogatives patrimoniales que la directive 2001/29, dite « InfoSoc », accorde aux auteurs.

120. Conformément à l'article 2 §1 de la directive « InfoSoc », le droit de reproduction se comprend comme « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie* ». Cette formulation large du droit de reproduction indique clairement qu'il s'étend aux fixations temporaires, y compris lorsqu'elles prennent la forme d'un fichier numérique. L'emploi du qualificatif « *provisoire* » et de l'expression « *par quelque moyen et quelque forme que ce soit* » ne laisse pas de place au doute[279]. La CJUE a d'ailleurs confirmé qu'il s'agissait là d'un principe général[280]. Cette conception étendue du droit de reproduction trouve sa justification dans la spécificité du droit européen du droit d'auteur : il s'agit de

---

[274] Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, *op. cit.*, p.74 ; v. également la description du fonctionnement du moteur de recherche Google proposée par le juge Belge dans l'affaire *Copiepresse* : CA de Bruxelles 5 mai 2011, *Google c. Copiepresse*, préc.

[275] Dusollier S., Le géant aux pieds d'argile : Google news et le droit d'auteur, RLDI, n°26, 2007 ; Verbiest Th, Verbiest T., Wery E., Les copies provisoires techniques confrontées au droit de reproduction, Légicom, Vol, n°25, 2001, p. 87.

[276] *Ibid*.

[277] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 25.

[278] Nous insistons sur le fait qu'il s'agit matériellement de la même copie, seules les fonctions de ces copies divergent.

[279] En ce sens, Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°262.

[280] CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, préc., point 56.

garantir « *un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle* » afin que ce domaine assure sa part de contribution au développement du marché unique[281]. Ainsi, le droit de reproduction couvre en principe les fixations transitoires nécessaires à la réalisation des actes préparatoires à la création d'un lien par un moteur de recherche ou par un agrégateur d'actualité[282].

121. Le fait que ces « copies caches » aient une finalité purement technique, visant à permettre l'affichage d'un lien, est sans conséquence du point de vue du droit de reproduction, en dépit de certaines contestations. Cette emprise du droit de reproduction sur un procédé technique a en effet, dès l'origine, suscité la critique d'une partie de la doctrine, notamment au regard des actes indispensables à la transmission d'information sur Internet[283]. L'exception obligatoire au droit d'auteur qu'est l'exception dite de « copie provisoire » permet toutefois de garantir, pour l'essentiel, la licéité des actes de *crawling*.

B. Des reproductions bénéficiant de l'exception pour « copie provisoire »

122. Le bénéfice de l'exception pour « copie provisoire » va dépendre de la finalité de la copie issue du *crawling*. Nous renvoyons ici à la distinction opérée auparavant entre la « copie cache *crawling* » strictement technique d'une part, et d'autre part la « copie cache » mise à disposition des utilisateurs finaux par le biais d'un lien. Alors que la « copie cache *crawling* » doit pouvoir profiter de l'exception pour « copie provisoire » (1), il n'en va pas de même pour le lien en cache, sans pour autant, que soit remise en cause la liberté de lier (2)

1° Une exception bénéficiant au crawling strictement technique

123. En droit d'auteur, l'application d'une exception à l'utilisation d'une œuvre couverte par le droit exclusif doit franchir deux étapes. En premier lieu, les conditions de mise en œuvre de l'exception revendiquée doivent être satisfaites. Tel est le cas de la « copie cache *crawling* » s'agissant de l'exception

---

[281] Sur ce sujet, les premiers considérants de la directive InfoSoc, qui annoncent les objectifs et la logique juridique sont des plus révélateurs. v. notamment le considérant 4 : « *Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau enlevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux, et favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels. Ce processus permettra de sauvegarder des emplois et encouragera la création de nouveaux emplois* ».

[282] En ce sens, Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 106.

[283] Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit.*, n°243 et s. spéc., n°247 ; Gaudrat Ph., Hyperlien et droit d'exploitation, RTD com, 2004, spéc., p 499 ; Dusollier S., L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, spéc., p. 266.

pour « copie provisoire » (a). Il s'agit ensuite de vérifier que l'application de l'exception est conforme aux exigences du « *triple test* » de l'article 5 § 5 de la directive « InfoSoc ». Or selon nous, la « copie cache *crawling* » franchit cette dernière étape avec succès (b).

a) L'application de l'exception pour « copie provisoire » au crawling

124. L'application de l'exception pour « copie provisoire » suppose la réunion de plusieurs conditions. La Cour de justice de l'Union est intervenue afin clarifier le sens de ces dernières dans plusieurs affaires relatives à des services d'agrégation de presse (i). Après avoir envisagé cet aspect, nous serons en mesure d'appliquer ces conditions aux copies d'œuvre réalisées lors du *crawling* (ii).

i. Des conditions d'application délimitées par la CJUE au cours des affaires Infopaq et Meltwater

125. La directive « InfoSoc » prévoit, en son article 5 § 1, une exception dite de « copie provisoire », seule exception, parmis les 21 prévues par la directive, que les États membres devaient obligatoirement transposer dans le droit national. Cette exception prévoit que les actes de reproduction provisoire, qui sont accessoires ou transitoires et constituent une partie essentielle et intégrante d'un procédé technique, sont exemptés du droit de reproduction s'ils ont pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau par un intermédiaire ou une utilisation licite d'un objet protégé, dès lors que ces actes n'ont pas de signification économique indépendante. Le considérant 33 de la même directive précise que, pour autant qu'ils respectent les critères de l'article 5 § 1, l'exception couvre les actes de *browsing* ainsi que les actes de *caching* (entendus comme les actes de pré-lecture dans un support rapide), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission. Cela étant posé, les « copie caches » réalisées lors du *crawling* et de l'indexation peuvent-elles bénéficier de cette exception ?

126. L'exégète pourrait dans un premier temps être tenté de se focaliser sur l'emploi de l'expression *caching* » présente dans la directive pour en déduire que les « copies caches » techniques effectuées par les créateurs automatiques de liens rentrent *ipso facto* dans le giron de l'exception. Mais outre que le considérant 33 précise bien que seuls les actes de *caching* respectant les conditions de l'article 5 § 1 sont concernés, l'« *identité terminologique* »[284] entre le « *caching* » des textes européens et le « *caching* » des moteurs de recherche ne doit pas occulter le fait qu'il s'agit de deux techniques différentes. Cédric Manara relève à cet égard que : « *le service de « cache » fourni par les moteurs n'est pas de la même nature* [que

[284] Manara C., Le droit d'auteur contre l'accès mondial à l'information ? R.I.D.E., n°2, 2011, p.153.

l'activité consistant en la transmission d'informations sur un réseau de communication électronique] *en ce qu'il n'a pas pour objet d'améliorer la rapidité de la transmission* »[285].

127. Le *caching* du considérant 33 renvoie en effet à une réalité technique précise : au moment où la directive a été adoptée, le législateur européen avait pour objectif de ne pas empêcher l'activité de certains prestataires techniques, comme les hébergeurs ou les fournisseurs d'accès à Internet, dont la fonction était considérée comme indispensable pour le futur du marché unique numérique[286]. Or, sans entrer dans des détails techniques, ces activités ne peuvent être menées efficacement qu'en réalisant de multiples copies transitoires des informations qu'elles acheminent jusqu'à l'utilisateur final[287]. Il était donc essentiel pour le fonctionnement normal de l'Internet que ces reproductions soient libérées de l'autorisation des titulaires de droit. Il faut en conséquence exclure que le terme « *caching* » de la directive « InfoSoc » se réfère aux « copies caches » réalisées par les créateurs automatiques de liens dans le cadre du *crawling*[288]. À l'inverse, il convient de ne pas écarter d'emblée ces reproductions du bénéfice de l'exception, au prétexte qu'elles ne correspondent pas au « *caching* » tel que la directive le définit : il ne s'agit là que d'un exemple de reproductions éphémères couvertes par l'exception[289]. L'opération de qualification du *crawling* au regard de l'exception pour « copie-provisoire » nécessite donc de revenir en détail sur chacune des conditions nécessaires à sa mise en œuvre. Or dans deux décisions *Infopaq*[290], ainsi que dans l'arrêt *Meltwater*[291], la CJUE est venue préciser le sens à donner à ces conditions dans des contextes techniques proche du *crawling*.

128. L'affaire *Infopaq* concernait un litige entre des éditeurs de presse danois et un agrégateur de d'actualité nommé *Infopaq*. L'activité d'*Infopaq* consistait à établir des synthèses d'articles de presse de onze mots par un procédé d'acquisition de données, puis à envoyer ces synthèses à ses clients par courriel. Au cours du procédé d'acquisition de données, *Infopaq* procédait à plusieurs reproductions temporaires des articles de presse dont la première est manuelle. Le procédé de reproduction mis en œuvre par *Infopaq* est donc assez proche du *crawling* réalisé par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information.

---

[285] *Ibid*.

[286] V. notamment Commission européenne, Exposé des motifs de la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'Information, COM (97) 629 Final p. 29.

[287] Passa J., la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, JCP G, n°26, 2001, p.331 ; Sirinelli P., La directive "société de l'information apport réel ou fictif au droit d'auteur, in Commerce électronique et propriétés intellectuelles, actes du colloque de l'IRPI, Litec, 2001, p. 79.

[288] V. cependant Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc, p. 29.

[289] En ce sens CJUE 1 juillet 2009, *Infopaq*, préc., point 63.

[290] CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, préc. ; CJUE 17 janvier 2012, aff. C-302/10, *Infopaq II*., Rec. général.

[291] CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association*, Rec. général.

Dans ce contexte, la Cour de justice fut sollicitée à deux occasions par la juridiction danoise, notamment afin de déterminer si les reproductions provisoires en cause pouvaient bénéficier de l'exception pour « copie provisoire ». La CJUE a répondu par la positive : l'article 5 § 1 de la directive 2001/29/CE doit être interprété en ce sens que les actes de reproduction provisoire concernés, effectués au cours d'un procédé dit « d'acquisition de données », peuvent profiter de l'exception pour « copie provisoire ». Pour arriver à cette conclusion, la Cour a interprété les conditions posées par l'article 5 § 1 de la directive « InfoSoc » : l'acte de reproduction doit être provisoire ; il doit être accessoire ou transitoire ; il doit constituer une partie essentielle et intégrante d'un procédé technique ; il doit avoir pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau par un intermédiaire ou une utilisation licite d'un objet protégé ; il ne doit pas avoir de signification économique indépendante.

129. La première affaire *Infopaq* a uniquement donné lieu à l'interprétation de la notion de copie transitoire. Pour la Cour une copie transitoire est celle qui est supprimée automatiquement à l'expiration de la durée de vie nécessaire à cette copie pour assurer le bon fonctionnement du procédé technique concerné[292]. Par la suite, dans l'affaire *Meltwater*, qui concernait également un outil de veille média, la Cour a précisé les conditions dans lesquelles un acte de reproduction est « provisoire » et « accessoire ». Premièrement, le caractère provisoire de la reproduction dépend de la suppression ou de la disparition automatique de la copie au bout d'un certain temps[293]. La reproduction « accessoire », condition alternative à la reproduction « transitoire », est ensuite définie comme celle qui « *n'a ni existence ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont il fait partie* »[294].

130. La troisième condition posée par l'article 5 § 1 fut, elle, envisagée par la CJUE à l'occasion de la seconde décision *Infopaq*. Pour rappel, cette condition impose que l'acte de reproduction provisoire constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. Selon la Cour tel est le cas si aucun acte de reproduction provisoire n'est réalisé « *en dehors dudit procédé technique* »[295] et que ce dernier « *ne pourrait pas fonctionner de manière correcte et efficace sans cet acte* »[296]. Le système d'acquisition de données en cause dans l'affaire *Infopaq* répondait, selon la Cour, à cette exigence.

---

[292] CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, préc, point 64.

[293] CJUE 5 juin 2014, *Public Relations Consultants Association*, préc., point 26. La Cour n'exprime pas clairement que la suppression de la copie doit être automatisée pour être provisoire mais il ressort des formules employées que la suppression ne doit pas dépendre d'une intervention humaine. Par une interprétation *a contrario*, on en déduit qu'elle doit être automatique.

[294] CJUE 5 juin 2014, Public Relations Consultants Association, préc., point 43.

[295] CJUE 17 janvier 2012, *Infopaq II*., préc., point 30.

[296] *Ibid*.

131. Dans cette même décision, la CJUE a également estimé que les actes reproduction provisoire nécessaires à l'activité de veille et d'analyse de presse écrite « *sont conformes à la condition selon laquelle les actes de reproduction doivent poursuivre une finalité unique, à savoir de permettre une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé* »[297].

132. Enfin, la dernière condition prévue à l'article 5 § 1 de la directive 2001/39 implique que les actes de reproduction provisoires n'aient pas de signification économique indépendante. Pour la Cour, cette condition peut être remplie par des actes de copie provisoire « *pour autant, d'une part, que la mise en œuvre de ces actes ne permette pas de réaliser un bénéfice supplémentaire, allant au-delà de celui tiré de l'utilisation licite de l'œuvre protégée et que, d'autre part, les actes de reproduction provisoires n'aboutissent pas à une modification de cette œuvre* »[298]. La Cour relève à cet égard que : « *les actes de reproduction provisoires — à l'instar des actes qui permettent le « browsing» et le «caching» — ont pour objectif de faciliter l'utilisation d'une œuvre ou de rendre cette utilisation plus efficace. Ainsi, il est inhérent à ces actes de permettre la réalisation de gains de productivité dans le cadre d'une telle utilisation et, par conséquent, d'entraîner une augmentation des bénéfices ou une réduction des frais de production* »[299].

La présentation des conditions de mise en œuvre de l'exception pour « copie provisoire » étant achevée, il convient désormais d'en envisager l'application au *crawling* relatif aux actes préparatoires à la création de liens.

ii. Des conditions d'application compatibles avec le crawling

133. Dans l'affaire *Infopaq*, la Cour a interprété les conditions d'application de l'exception pour « copie provisoire » de façon à ce que cette dernière couvre les reproductions réalisées aux fins d'indexation numérique d'œuvres[300]. Or les « copies caches » réalisées dans le cadre du *crawl* s'apparentent à ce type d'indexation et sont tout autant susceptibles de satisfaire les conditions d'application de l'exception. Les copies d'œuvre réalisées dans le cadre du *crawling* font partie intégrante d'un procédé technique, consistant à référencer des contenus présentés sous forme de liens agrégés[301]. Elles sont en outre essentielles à ce procédé, qui ne pourrait pas fonctionner efficacement en leur absence[302]. À cela s'ajoute

---

[297] *Ibid*., point 40.
[298] *Ibid*., point 54.
[299] *Ibid*., point 49.
[300] En ce sens, Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur, *op. cit*., p. 108.
[301] *Ibid*.
[302] En ce sens, Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 29.

le fait que cette copie est en principe transitoire : elle a en effet vocation à disparaître ou à être remplacée automatiquement au fur et à mesure des mises à jour des index des moteurs de recherche ou des agrégateurs d'actualité. Elle est également provisoire puisqu'elle n'a pas d'existence autonome si ce n'est de permettre le référencement[303].

134. L'utilisation des œuvres aux fins de référencement répond en outre à la condition d'usage licite au sens de l'arrêt *Infopaq II*, puisque cette activité n'est pas limitée par la réglementation nationale ou européenne[304]. Il est néanmoins possible de se demander s'il en va de même lorsque l'hyperlien renvoie vers une œuvre diffusée sans l'accord des titulaires de droits.[305] La réponse peut être trouvée dans le récent arrêt *Stichting Brein*[306]. Dans ce dernier, la CJUE devait notamment déterminer si la « copie cache » effectuée par un utilisateur final dans le but de visualiser une œuvre obtenue à partir d'une source illicite relevait d'une utilisation licite au sens de l'exception pour « copie provisoire ». La Cour a jugé qu'une telle utilisation est illicite car, compte tenu des circonstances de l'espèce, l'utilisateur accède « *à une offre gratuite et non autorisée d'œuvres protégées de manière délibérée et en connaissance de cause* »[307]. La Cour semble donc faire dépendre la licéité de l'utilisation de l'œuvre, en cas d'illicéité de la source, de la connaissance ou non de cette illicéité par celui qui entend se prévaloir de l'exception pour « copie provisoire ». Comment appliquer ce critère aux fournisseurs de liens qui effectuent des actes de reproduction provisoire, à l'instar des moteurs de recherche ou des agrégateurs d'actualité[308] ? Il nous semble raisonnable d'affirmer que, en vertu du caractère automatique de leur activité, ces fournisseurs de liens ne peuvent avoir connaissance de l'illicéité de la source. Dès lors, les actes de reproduction préalables à la fourniture de liens devraient toujours satisfaire la condition de licéité de l'utilisation. Un tempérament toutefois : en cas de notification de l'illicéité par les titulaires de droits[309], les créateurs automatiques auront par définition connaissance de l'illicéité. L'utilisation de l'œuvre ne pourrait donc plus être considérée comme licite, rendant ainsi l'exception pour « copie provisoire » inapplicable. Selon nous, il en irait de

---

303 Rappr. Lucas A., obs. sous., CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association,* Propr. Intell n°52, 2014, p. 279 : le professeur Lucas relève à propos des reproductions provisoire que : « *La Cour [dans l'arrêt Meltwater] leur dénie tout caractère transitoire, à l'instar de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire Copiepresse à propos du service Google News mais leur reconnait un caractère accessoire que leur avait refusé l'arrêt belge. La solution, qui s'inscrit dans la logique de la directive de 2001, et plus précisément dans son considérant 33, est opportune en ce qu'elle valide des techniques qui, en l'état sont indispensables au fonctionnement efficace des réseaux numériques.* ».

304 CJUE 17 janvier 2012, *Infopaq II*, préc, point 44.

305 Sur cette interrogation, v. Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 29 et 30.

306 CJUE 26 avril 2017, aff. C-527/15, *Stichting Brein,* Rec. général.

307 *Ibid*., point 69. La motivation de la Cour sur ce point est faible : elle ne prend pas le soin d'expliquer en quoi le fait pour un internaute d'accéder à une offre gratuite et non autorisée est illicite.

308 Sur ce critère, v. *infra*, n°242 et s., n°272, et n°384.

309 Sur ce point v. également *infra*, n° 243 et n°270.

même s'agissant d'un créateur automatique de liens qui se spécialiserait délibérément dans le référencement d'œuvres diffusées de manière contrefaisante. De par sa nature, ce dernier aurait nécessairement connaissance de l'illicéité des œuvres *crawlées*[310]. L'utilisation des œuvres qu'il ferait lors du *crawling* serait, de ce fait, systématiquement illicite et l'exception ne pourrait jouer. Cette limite peut d'ailleurs être rapprochée du considérant 44 de la directive sur le commerce électronique qui précise qu'un prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de « simple transport » ou de « *caching* » et ne peut donc bénéficier des limitations de responsabilité prévues par ladite directive[311].

135. Il reste encore à appliquer la dernière condition de l'exception pour « copie provisoire » : Faut-il considérer que les « copies cache » résultant du *crawling* et de l'indexation n'ont pas de signification économique indépendante du procédé technique qu'elles permettent ? En d'autres termes, la « copie cache » a-t-elle une valeur économique propre ? Comme l'indique le CSPLA, il est possible d'estimer que, même si les « copies caches » techniques ne sont pas directement monétisées, elles permettent aux agrégateurs d'actualité (mais cela vaut également pour les moteurs de recherche) d'augmenter leur performance par l'accroissement de la base de référence à leur disposition. En ce sens ces copies provisoires procureraient à ces acteurs un avantage économique. Il est en effet indéniable que les actes de reproduction nécessaires au *crawling* permettent des gains de productivité. De ce fait, ils ont effectivement une signification économique, puisqu'ils entraînent une augmentation des bénéfices ou une diminution des coûts, ainsi que la CJUE le relève dans l'ordonnance *Infopaq II*[312]. Pour autant, la CJUE tempère immédiatement : cela n'implique pas que ces reproductions aient une signification économique autonome, pourvu qu'elles ne soient pas exploitées pour elles-mêmes[313]. Or les actes de reproduction réalisés lors du *crawling* ne sont normalement pas exploités pour eux-mêmes puisqu'ils ont pour unique finalité de permettre le référencement.

136. En conséquence, même si la Cour de justice n'a jamais expressément tranché la question, il nous semble que la « copie cache *crawling* » réalisée par les créateurs automatiques de liens est susceptible de satisfaire les conditions posées par l'article 5 § 1 de la directive « InfoSoc »[314]. La solution inverse

---

[310] En ce sens v. CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général, sur lequel v. *infra*, n°261.

[311] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive commerce électronique »), JOCE n° L 178 du 17/07/2000, considérant 44.

[312] CJUE 17 janvier 2012, *Infopaq II*, préc., point 49.

[313] *Ibid*., point 52.

[314] En ce sens, Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 109.

aboutirait, selon nous, à priver d'effet utile cette exception[315]. Cette conclusion nous semble d'ailleurs conforme à la logique du droit d'auteur dans la mesure où, comme le font remarquer d'éminents auteurs, ces reproductions provisoires de nature technique n'ont pas vocation à être communiquées à un public. Elles ne peuvent donc conduire à exploiter l'œuvre par elle-même au sens du droit d'auteur[316]. À s'en tenir aux conditions d'application de l'exception pour « copie provisoire », les « copies caches *crawling* » seraient par conséquent libres.

Reste à déterminer si ces copies sont susceptibles de passer le « *triple test* » applicable à toutes les exceptions au droit d'auteur.

b) Une application en principe conforme au « triple test »

137. L'article 9 § 2 de la Convention de Berne prévoit que les pays de l'Union[317] ont la faculté de permettre la reproduction des œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu que cette reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Cette disposition, désignée par l'expression « *triple test* » ou « *test en trois étapes* », a été étendue à l'ensemble des prérogatives patrimoniales de l'auteur par l'article 13 de l'Accord ADPIC et par l'article 10 du Traité OMPI sur le droit d'auteur. Le « triple test » a été intégré à l'acquis communautaire par l'article 5 § 5 de la directive « InfoSoc ». Initialement, le « *triple test* » était destiné aux États membres afin d'encadrer l'insertion des exceptions au droit d'auteur dans leur droit national[318]. La CJUE a cependant interprété le « *test* » de l'article 5 § 5 de manière à en faire un examen que le juge national doit mener lors

---

[315] En ce sens CJUE 4 octobre 2011, aff.jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a,* Rec. p. I-09083, point 163 ; Sur le principe d'interprétation de l'effet utile employé par la CJUE en matière de propriété littéraire et artistique, v. notamment Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, préc., p. 147 et s. ; Zolynski C., L'élaboration de la jurisprudence de la CJUE *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 814.

[316] Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2ème éd., 2012, Dalloz, coll. Précis, 1102 p., n°53 et n°630 ; Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, *op. cit*, n°263 ; Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit*., n°247 à 252, n°257 et n°262 ; Dusollier S., L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit*., spéc., p. 267 et 271. ; Gaudrat Ph., Zollinger A., Droits des auteurs.- règles générales. Droit de représentation, JCL, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1242, n°6 et 107.

[317] Les pays de l'Union désignent ici les pays signataires de la Convention et non les États membres de l'UE.

[318] Buydens M., Dusollier S., Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, Com.com.électr. n°9, chr. 22, 2001.

l'application des exceptions[319] afin d'en encadrer l'application[320]. Pour ce faire, la CJUE s'est fondée sur l'article précité qui prévoit que les exceptions au droit d'auteur « *ne sont applicables qu'à certains cas spéciaux qui ne troublent pas l'exploitation normale de l'œuvre et qui ne portent pas atteinte aux intérêts légitimes du titulaire de droit* ». À cet égard, l'intégration du « test en trois étapes » au sein de l'ordre juridique de l'UE a pu être vivement critiquée : conçu à l'origine en droit international du droit d'auteur comme un simple guide pour les législateurs nationaux, le test vient limiter l'application des exceptions par le juge[321]. Il en découle qu'en pratique, le test peut jouer contre des exceptions jugées légitimes par le législateur puisque le juge pourra les remettre en cause[322].

138. Dans ce contexte, la Cour de justice a été amenée à interpréter la portée du « *triple test* » afin de permettre aux juges nationaux de l'appliquer aux cas qui leur sont soumis[323]. En matière d'exception pour « copie provisoire », la CJUE a initialement considéré que le « triple test » était *ipso facto* satisfait dès lors les conditions propres à cette exception étaient remplies[324]. La Cour estimait que la solution contraire aurait nuit à l'effet utile de cette exception, qui est d'assurer le développement et le fonctionnement des nouvelles technologies[325].

139. Dans un second temps, la CJUE a néanmoins détaillé le sens des étapes du test en matière de « copie provisoire ». Dans l'arrêt *Meltwater*[326], la CJUE a jugé que les copies sur écran et les copies en cache réalisées par les internautes lors de la consultation d'un site Internet n'étaient effectuées que dans ce seul but et constituaient, à ce titre, un cas spécial[327]. C'est donc le caractère finalisé de l'usage de l'œuvre

---

[319] V. notamment CJUE 17 janvier 2012, aff. C-302/10, *Infopaq II*, préc., point 56 ; CJUE 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a*, préc., point 181. Sur ce point, v. Buydens M., Dusollier S., Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, préc.; Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, *op. cit*., n°362 ; Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, *op. cit*., n°608 ; Zolynski C., Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins., Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 446 p, n°474.

[320] Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, *op. cit*., n°361 ; Senftleben M., Ni flexibilité ni sécurité juridique. Les exceptions au regard du triple test, *in* Les exceptions au droit d'auteur Sirinelli P., Bensamoun A (dir.), 2012, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 166 p., p. 65.

[321] Buydens M., Dusollier S., Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, préc.

[322] Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, *op. cit*., n°608.

[323] V. en particulier CJUE 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a*, préc. ; CJUE 5 juin 2014, *Public Relations Consultants Association*, préc. point 54 et s.

[324] CJUE 17 janvier 2012, *Infopaq II*, préc., point 56 ; CJUE 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a*, préc., point 181.

[325] *Ibid*.

[326] CJUE 5 juin 2014, *Public Relations Consultants Association*, préc., point 54 et s.

[327] *Ibid*., point 55.

reproduite qui caractérise le cas spécial, première étape du « test »[328]. Or il paraît acquis que les actes de reproduction nécessaires au *crawling* constituent un tel usage : leur finalité est de permettre la présentation d'information sous forme de liens. Les reproductions relatives au *crawling* constitueraient en ce sens un cas spécial. La seconde étape du test implique que l'application de l'exception à la copie crawl ne cause pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. À cet égard, toujours dans l'arrêt *Melwater*, la Cour considère que la protection du droit d'auteur est réputée assurée : les œuvres reproduites sont censées avoir été mises en ligne par les éditeurs de site avec l'autorisation des titulaires de droits qui sont également censés, à cette occasion, avoir obtenu une rémunération en contrepartie de cette autorisation[329]. L'intérêt légitime des auteurs serait donc préservé. Ce raisonnement peut facilement être étendu aux activités des créateurs automatiques de liens. S'agissant de la dernière étape du « test », qui concerne l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, la Cour est plus sibylline : selon elle, une copie provisoire ne trouble pas l'exploitation normale de l'œuvre si cette copie relève de cette exploitation. Tel est le cas dans l'arrêt *Meltwater* puisque les copies sur écran et les copies en cache réalisées par les internautes font partie du processus de consultation permettant à ces derniers de bénéficier de la communication au public faite par l'éditeur du site Internet[330].

140. Comme le relève le professeur Lucas, il eut été à la fois plus juste juridiquement et plus clair de fonder l'absence d'exploitation de l'œuvre par la copie en cache sur le fait que celle-ci, conformément à l'article 5 §1 de la directive « InfoSoc », n'a ni existence ni finalité autonome par rapport au procédé technique en cause (en l'espèce la consultation des œuvres). De ce point de vue, elle ne pourrait donc être assimilée à une exploitation au sens du droit d'auteur[331]. En suivant cette logique, il nous semble indubitable que les copies en cache nécessaires au *crawling* et à l'indexation ne sauraient troubler l'exploitation normale de l'œuvre.

141. Il reste que l'analyse du « triple test » proposée par la Cour repose sur la prémisse que le titulaire du droit sur l'œuvre provisoirement copiée aurait autorisé sa mise à disposition sur Internet. Or dans l'arrêt *Stichting Brein,* la Cour a notamment déterminé, au regard de ce « test », la validité de reproductions provisoires nécessaires au fonctionnement d'un lecteur *streaming* diffusant de manière délibérée et généralisée des œuvres sans autorisation des titulaires de droit. La Cour a jugé que des reproductions

---

[328] En ce sens, Caron Ch., obs. sous., CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association,* Com.com.électr., n°9, septembre 2014.

[329] CJUE 5 juin 2014, Public Relations Consultants Association, préc., point 56.

[330] *Ibid*., point 61.

[331] Lucas A., obs. sous., CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association,* Propr. Intell n°52, 2014, p. 279.

temporaires d'une œuvre, diffusées en contrefaçon du droit d'auteur par le lecteur *streaming* en cause, porteraient préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur et à l'exploitation normale de l'œuvre car il en résulte une diminution des transactions légales relatives aux œuvres protégées[332]. Le raisonnement est succinct mais la référence que fait la Cour aux conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona permet d'en éclairer la teneur. Pour ce dernier, admettre des reproductions provisoires nécessaires au fonctionnement d'un procédé technique spécifiquement destiné à passer outre le droit d'auteur « *reviendrait à encourager* [dans l'optique de l'utilisateur final] *la circulation de contenus numériques piratés et, dans la même mesure, à compromettre gravement la protection des droits d'auteur ainsi qu'à promouvoir des formes illégales de commercialisation, au détriment du bon fonctionnement du marché intérieur* »[333]. En cela, de telles reproductions concourent nécessairement à troubler les intérêts légitimes de l'auteur et l'exploitation normale de l'œuvre.

142. Au vu de ce raisonnement, la solution retenue par la Cour ne saurait être appliquée *mutatis mutandis* à l'ensemble des créateurs automatiques de liens dès lors que certains des liens qu'ils fournissent renvoient vers des œuvres illicites. Dans l'arrêt *Stichting Brein*, le caractère résolument contrefaisant de l'ensemble du dispositif de *streaming* semble avoir été déterminant. Cette solution devrait en conséquence n'être valable que pour les « copies provisoires » concourant à la réalisation d'un procédé technique visant spécifiquement, et de manière généralisée, à diffuser des œuvres en contrefaçon du droit d'auteur. De telles copies encourageraient en effet l'utilisation de ce procédé et, *in fine*, l'exploitation anormale de l'œuvre au sens de l'arrêt *Stichting Brein*. *A contrario*, la solution dégagée par la Cour dans cet arrêt ne devrait pas être applicable aux moteurs de recherche généralistes et aux agrégateurs d'actualité car ces derniers n'ont normalement pas pour but spécifique de donner accès à des œuvres en contrefaçon du droit d'auteur. Il en irait cependant autrement si un moteur de recherche était spécialisé dans la pose de liens vers des sources illicites. La solution dégagée par la Cour dans l'arrêt *Stichting Brein* reprendrait alors ses droits. À l'exception de ce cas spécifique, les copies provisoires nécessaires à la création automatique de liens devraient pouvoir passer les trois étapes de l'article 5 §5 de la directive « InfoSoc » quand bien même ces liens renverraient vers des sources illicites[334].

---

[332] CJUE 26 avril 2017, *Stichting Brein,* préc., point 70.

[333] CJUE, aff. C-527/15, *Stichting Brein,* conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, 8 décembre 2016, point 77 à 79 ; V. également CJUE 10 avril 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam e.a*, Rec. général., point 39. L'avocat général Campos Sanchez-Bordona et la Cour font en effet référence à cet arrêt qui adopte le même raisonnement pour refuser le bénéfice de l'exception pour copie privée à une copie réalisée à partir d'une source illicite.

[334] V. cependant Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p.

143. Cette issue se situe dans le prolongement de nos propos concernant les conditions d'application de l'exception pour « copie provisoire » : la « copie cache *crawling* » étant relativement neutre eu égard à l'exploitation de l'œuvre, c'est logiquement qu'elle ne devrait pas être soumise à un contrôle généralisé et virtuellement absolu des titulaires de droits[335]. Cette conclusion vaut pour autant que les actes de reproduction relatifs au *crawling* sont temporaires et restent strictement techniques. En dehors de ce périmètre, il est douteux de penser que le système de *caching* puisse bénéficier de l'exception pour copie provisoire. Tel est le cas du « lien en cache ».

2° Une exception inapplicable aux « liens en cache » mais sans conséquence sur la liberté de lier

144. Le « lien en cache » est une autre dimension du « *caching* » réalisé par certains créateurs automatiques, spécialement les moteurs de recherche. Il permet à l'utilisateur final d'accéder à la copie de l'œuvre réalisée lors du *crawling* directement sur les serveurs du moteur de recherche par le biais d'un hyperlien[336]. Par exemple la société *Google* en fait la description suivante :

« *Les robots de Google enregistrent des instantanés de chaque page Web, au cas où ces dernières ne seraient plus disponibles. Ces pages font ainsi partie du cache de Google. Si vous cliquez sur un lien "en cache", la version du site qui s'affiche correspond à notre dernier enregistrement. Si le site Web auquel vous tentez d'accéder est lent ou ne répond pas, vous pouvez utiliser le lien « en cache »* »[337].

145. Dans le cas du lien en cache, la « copie cache » ne peut plus bénéficier de l'exception pour copie provisoire. La copie effectuée sur les serveurs du créateur automatique de liens, étant rendue accessible par un hyperlien, perd son caractère accessoire. Il n'est en effet pas contestable, qu'employée de la sorte, la « copie cache » acquiert une existence et une finalité autonomes par rapport au procédé technique dont elle fait partie. Lorsqu'elle est rendue accessible, pareille copie ne fait plus partie d'un procédé technique quelconque. Elle est employée pour elle-même, pour permettre un accès direct à un contenu depuis les serveurs web du copieur. Partant, elle acquiert également une signification économique autonome ainsi

---

335 Rappr. Dusollier S., L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p. 263.

336 V. Google.support.com, https://support.google.com/websearch/answer/1687222?hl=fr ; v. également Peguera M., When the cached link is the weakest linked ; search engine caching under the Digital Millenium Copyright Act, Journal of the Copyright Society of the U.S.A, vol. 56, 2009, p.586, disponible à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135274. Dernier accès le 01/03/2019.

337 CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse ;
accessible à https://www.copiepresse.be/images/file/Google/Copiepresse_jugement_appel_contre_Google_5_mai_2011(2).pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

que l'ont justement relevé les juges belges dans l'affaire *Copiepresse*[338]. Cette autonomie du lien en cache est en outre accentuée par le fait qu'il peut donner accès à un contenu sur les serveurs web du copieur alors que ce contenu n'est plus accessible sur le site Internet l'ayant diffusé. C'est d'ailleurs pour cette raison que la pratique du lien en cache est décriée par les éditeurs de presse : le lien en cache permet à l'internaute de profiter de la copie d'un contenu que l'éditeur de presse aurait retiré ou placé dans une archive payante et d'accès restreint après une période de libre disponibilité et de gratuité. Ce faisant, le lien en cache « court-circuite » le modèle d'affaires des éditeurs de presse[339]. Le lien en cache constitue alors une exploitation de l'œuvre soumise à autorisation en ce qu'il implique une reproduction au sens du droit d'auteur mais aussi et surtout une communication au public de l'œuvre[340]. La « copie-cache » est en effet, en réalité, une mise à disposition au public au sens de l'article 3 § 1 de la directive « InfoSoc ».

146. À cela, certains moteurs de recherche opposent que le lien en cache permet d'accéder à une copie du contenu d'un site web lorsque ce dernier est inaccessible et que pareille facilité technique devrait être tolérée. Au regard du droit européen du droit d'auteur tel que nous l'avons exposé, cet argument n'est pas valable : sauf à bénéficier d'une exception, la reproduction d'une œuvre met invariablement en cause le droit de reproduction, celui-ci devant être entendu largement conformément à la jurisprudence constante de la CJUE sur ce point[341]. Un autre argument, qui consiste à soutenir que les propriétaires des sites web peuvent techniquement empêcher la création d'un lien en cache par l'introduction d'une « balise »[342] dans le code HTML de leur page web, n'est guère plus opérant[343]. Comme nous l'avons démontré la protection du droit d'auteur ne saurait dépendre de formalités techniques préalables à la mise ligne de l'œuvre en l'état du droit positif.

147. Pour autant, il ne faut pas conclure que c'est le lien en lui-même qui exploite le contenu faisant l'objet de la « copie cache ». Il est vrai que la copie change de nature du fait de la disponibilité du lien. Elle passe d'une copie provisoire, partie essentielle et dépendante d'un procédé technique, à une copie autonome, exploitée pour elle-même. Mais c'est alors la copie qui est en cause et non le lien en lui-même. Nous en voulons pour preuve que la « copie cache » réalisée par le créateur automatique de liens est accessible par d'autres moyens. Il est en effet possible d'y accéder directement en renseignant l'URL de

---

[338] *Ibid*.

[339] Strowel A., Quand Google défie le droit, *op. cit*., p.74 ; Manara C., Référencement et droit d'auteur, Propr. Intell., n°19, 2006, p. 152.

[340] En ce sens, CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse, préc.

[341] V. notamment, CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, préc., points 40 et 41.

[342] Il s'agit de la balise « no.archive ».

[343] Sur ce point v. notamment Manara C., Référencement et droit d'auteur, Propr. Intell., préc., p. 152.

la copie dans un navigateur web[344]. Il va en outre de soi que la copie étant envisagée pour elle-même dans le cadre du lien en cache, elle ne rentre plus dans le contexte des actes préparatoires à la création de lien. À ce stade c'est donc bien la copie qui est en cause relativement à l'exploitation d'une œuvre et non l'hyperlien. La question de savoir si l'hyperlien en lui-même communique l'œuvre sera traitée ultérieurement.

Il convient pour le moment d'évaluer l'impact de la future directive DAMUN sur les actes de *crawling* indispensables à la création automatique de liens.

C. Des reproductions échappant au droit voisin des éditeurs de presse de la directive DAMUN

148. La réforme du droit d'auteur est actuellement en cours en au niveau de l'Union européenne et devrait voir l'adoption prochaine de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DAMUN)[345]. L'un des enjeux principaux de cette réforme est de réaliser un partage plus équitable de la valeur du fait de l'utilisation des contenus de presse en ligne aux fins de référencement. Pour ce faire, la directive prévoit l'instauration d'un nouveau droit voisin des éditeurs de presse dont la finalité est de couvrir ces utilisations. Or si les actes relatifs au *crawling* sont directement concernés par l'enjeu du partage de la valeur (1), l'analyse du contenu du nouveau droit exclusif révèlera qu'ils devraient continuer à bénéficier de l'exception pour « copie-provisoire » (2). Cela constituera une première approche de l'appréhension de l'hyperlien à l'aune des enjeux relatifs au partage de la valeur au sein de la directive DAMUN. L'articulation de cet enjeu avec la liberté de lier s'avère en effet technique et délicate. Elle sera en conséquence traitée par étape au cours de cette thèse.

Remarque - : L'analyse qui suivra prendra appui sur le texte voté par le Parlement européen le 28 mars 2019[346]. Ce texte n'est pas définitivement adopté puisqu'il doit être formellement approuvé par le Conseil de l'UE. L'analyse qui suivra ne relèvera pas encore du droit positif. Elle n'en demeure pas moins

---

344 Il est vrai que cette URL est complexe. Il paraît donc délicat de la renseigner manuellement mais, techniquement, cela ne change pas la donne.

345 Pour la proposition initiale de la Commission européenne : Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 final, 14/09/2016 ; Pour la version adoptée par le Parlement européenne, qui devrait être la version qui entrera en vigueur après son approbation par le Conseil de l'UE : Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

346 Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

essentielle à nos yeux puisqu'elle reflète une tendance, qui vise à ramener les activités de référencement dans le giron du droit exclusif.

1° Le crawling : des reproductions temporaires au cœur de l'enjeu de la répartition de la valeur en ligne

149. La thématique du partage de la valeur - ou *value gap* - renvoie à l'idée qu'il est nécessaire d'instaurer une répartition plus équitable de la valeur créée à partir des contenus en ligne, au profit des industries culturelles et des créateurs[347]. Les plateformes, et en particulier les GAFA[348], sont particulièrement ciblées : ces grandes entreprises du numérique sont, il est vrai, accusées par les industries culturelles et les créateurs de générer des profits substantiels à partir de l'utilisation des œuvres, sans participer ni à leur rémunération, ni à leur financement[349]. L'activité de création de liens, notamment celle des moteurs de recherche, des agrégateurs de contenus et des réseaux sociaux est évidemment concernée, l'hyperlien permettant aux acteurs précités de tirer profit de l'intérêt que suscitent les œuvres ou les objets protégés auprès des internautes.

150. Dans ce contexte, les actes de reproduction préalables à la création de liens sont visés par les ayant droits, en particulier par les éditeurs de presse en ligne. Le procédé de la « copie cache », qu'il s'agisse d'une copie temporaire ou d'une copie plus durable accessible à partir d'un lien en cache, est en effet perçu comme portant préjudice à leur modèle économique. C'est en premier lieu la « copie-cache » accessible depuis un lien en cache qui est visée : le modèle économique de la presse en ligne, notamment, repose sur la fourniture payante de contenus de presse après un temps de gratuité. Lorsqu'un agrégateur d'actualité permet d'accéder gratuitement à un contenu de presse par le biais de la « copie cache », alors que l'accès à l'article est devenu payant sur le site de l'éditeur, c'est ce modèle qui se fissure[350]. En deuxième lieu, ce sont également les « copie cache » à vocation purement technique qui sont mises en cause. Ces

---

[347] Sur ce point, v. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, préc., ; Bensamoun A., Value gap : une adaptation du droit d'auteur au marché unique numérique, Rec. Dalloz, 2018, p. 122. ; Castets-Renard C., Le Parlement européen et la directive sur le droit dans le marché unique numérique : quel partage de la valeur entre les parties prenantes ? Rec. Dalloz, 2018, p. 1921. ; Dusollier S., Intermédiaires et plateformes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur in Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., 165. ; Rosati E., The value gap proposal in Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 157.

[348] Sous cet acronyme sont désignés Google, Amazon, Facebook et Apple. Ces grandes plateformes, mastodontes du numérique, polarisent la création de valeur économique en ligne.

[349] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc.

[350] En ce sens v. notamment Dusollier S., Le géant aux pieds d'argile : Google news et le droit d'auteur, préc. ; Manara C., Référencement et droit d'auteur, Propr. Intell., préc.

reproductions, même temporaires, permettraient aux moteurs de recherche et aux agrégateurs d'actualité d'alimenter massivement leur base de données en informations brutes, qui serviront ensuite à améliorer l'efficacité de l'ensemble du système. Les informations reproduites, qui sont issues du *crawling* des contenus en ligne, seraient de ce fait exploitées et valorisées par les créateurs automatiques de liens sans que les propriétaires de ces contenus n'y soient financièrement intéressés. Selon ces derniers, ce phénomène entraineraît alors une captation indue de la valeur informationnelle générée par les contenus et, *in fine*, un manque à gagner[351].

151. Ces revendications pour un partage de la valeur repensé ont été entendues tant par le Parlement européen[352] que par la Commission européenne qui en a fait l'une de ses priorité dans le cadre la régulation des plateformes en ligne[353]. Le partage de la valeur est de ce fait au cœur de l'actuelle réforme du droit d'auteur portée par l'UE. La très controversée[354] directive DAMUN[355] contient en effet un certain nombre de dispositions en ce sens. L'article 15 du texte adopté définitivement par le Parlement européen[356] prévoit l'instauration d'un nouveau droit voisin au profit des éditeurs de presse. Ce droit comprend le droit d'interdire les reproductions réalisées dans le cadre du référencement des contenus leur appartenant. Il est donc nécessaire d'évaluer si cette prérogative couvre les actes de reproduction effectués lors du *crawling*.

---

[351] Rapp. Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc, p.62 et s., à propos de agrégateurs d'actualité, surtout lorsqu'ils sont adossés à un moteur de recherche : « *En outre, ils* [les agrégateurs d'actualité] *engendrent un accroissement de la pertinence sémantique des moteurs, en raison du crawl incessant des contenus de presse, qui s'opère sans contrepartie au bénéfice des sites crawlés.* » ; Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, 2016. p. ; v. également Bruguière J-M, Quand les éditeurs de presse revendiquent un Canada dry des droits voisins, Rec. Dalloz, 2013, p.26 ; Bruguière J-M., Droits voisins des éditeurs de presse : « les voisins du troisième type », Propr. Intell., n°46, 2013, spéc., p.74.

[352] Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, P8_TA (2015)0273.

[353] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc.

[354] V. notamment, European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, préc., p.161. Sur le caractère éventuellement infondé de cette justification et, partant, de la proposition de droit voisin, v. Ramalho A., d The competence of the Eu to create a neighbouring right for publishers, aceessible à https://ssrn.com/abstract=2842313. Dernier accès le 01/03/2019; Geiger C., Bulayenko O., Frosio G., Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law, CEIPI, Research Paper N°2017-09, accessible à < https://ssrn.com/abstract=2921334>. Dernier accès le 01/03/2019 ; Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°14 et s. ; Rosati E., Neighbouring Rights for Publishers : Are National and (Possible) EU Initiatives Lawfull ?, IIC, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 47, n° 5, 2016, p. 569.

[355] Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 final du 14/09/2016.

[356] Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, préc.

2° Le crawling : des reproductions exemptées du nouveau droit des éditeurs de presse

152. La directive DAMUN vise à modifier l'actuelle directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. L'enjeu principal de la réforme est de mieux garantir le droit d'auteur en ligne et de réaliser un partage plus équitable de la valeur en ligne. Ce dernier objectif est au cœur du titre IV de la directive, intitulé « *mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché des droits d'auteur* ». Ce titre comprend les articles 15 à 23 de la directive. Nous nous concentrerons ici sur l'article 15 nommé « *Protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations en ligne* ». Cet article instaure un droit de reproduction ainsi qu'un droit de mise à disposition au public au profit des éditeurs de publications de presse. Le texte définitivement adopté par le Parlement européen précise le champ d'application de ce nouveau droit : ne sont pas couverts l'utilisation privée ou à titre non commercial des contenus de presse par des utilisateurs individuels, les simples faits, de même que les actes liés aux hyperliens. Par ailleurs, le considérant 56 du texte précise que cette protection ne s'étend ni aux « *publications périodiques, publiées à des fins scientifiques ou universitaires, telles que les revues scientifiques* », ni « *aux sites internet, tels que les blogs, dans le cadre d'une activité qui n'est pas effectuée à l'initiative, et sous la responsabilité et le contrôle éditorial* [...] ».

153. La *ratio legis* de l'article 15 apparaît claire : il s'agit d'octroyer aux éditeurs de presse un droit d'interdire l'utilisation commerciale de leurs contenus afin de leur permettre de tirer profit de la valeur générée par le référencement de leurs contenus. De fait, le nouveau droit exclusif devrait en effet leur permettre de négocier l'utilisation de leurs contenus par les agrégateurs d'actualité, tels que *Yahoo* et *Google News* et par les moteurs de recherche.

154. Les actes de reproduction temporaires ont-ils vocation à entrer dans le champ d'application de ce nouveau droit voisin des éditeurs de presse ? L'esprit de l'article pourrait le laisser penser : en s'adressant à l'ensemble des utilisations numériques des publications de presse, ce droit aurait vocation à englober la totalité des actes de reproduction ou de mise à disposition qui concourent au référencement des articles de presse[357]. Or le *crawling* fait partie des utilisations des publications de presse nécessaires au référencement et pourrait, à ce titre, entrer dans le champ d'application de ce nouveau droit exclusif. La définition large du droit de reproduction, prévue à l'article 2 de la directive 2000/31/CE serait par ailleurs compatible avec cette approche. Toutefois, une lecture attentive de la directive impose de retenir une autre solution. L'article

[357] Semblant aller en ce sens, Franceschini L., CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse, 2018.

15 § 1 précise que sont exclus du champ du droit voisin « *les actes liés aux hyperlien* ». Cette formulation large tranche par rapport aux versions antérieures du texte. Elle pourrait ainsi laisser penser que la directive ne s'étend pas seulement aux hyperliens mais également aux actes de *crawling* préalables à la pose d'un lien. Le § 3 de l'article 15, lu à la lumière du considérant 57 de la directive DAMUN, vient d'ailleurs au renfort de cette approche. Il y est en effet prévu que l'article 5 de la directive 2001/29/CE, qui concerne les exceptions au droit d'auteur, s'applique *mutatis mutandis* au droit voisin des éditeurs de presse. L'exception pour « copie provisoire », que les États membres ont obligation d'intégrer à leur droit, serait donc applicable au droit de reproduction conféré aux éditeurs de presse par ce droit voisin. De ce fait, les reproductions provisoires de publication de presse réalisées dans le cadre du *crawling* ne seraient pas soumises au droit de reproduction accordé aux éditeurs de presse et ce, dans l'ensemble de l'UE.

155. Comme en matière de droit d'auteur, l'exception pour « copie provisoire » permet, par conséquent, aux reproductions temporaires réalisées dans le cadre du *crawling* d'être licites au regard de ce nouveau droit voisin. Tel devrait également être le cas s'agissant des reproductions portant sur une base de données protégée par le droit *sui generis* prévu par la directive 96/9/CE[358].

§ 2. - Des reproductions peu susceptibles de mettre en œuvre le droit *sui generis* sur les bases de données

156. Les actes préparatoires à la création de liens relevant du *crawling* ne sont guère susceptibles de mettre en œuvre le droit *sui generis* sur les bases de données pour des raisons tenant à l'objet de ce droit (A) ainsi que pour des raisons tenant à son champ d'application (B).

A. Les raisons tenant à l'objet de la protection du droit *sui generis*

157. La mise en jeu du droit *sui generis* sur les bases de données par le *crawling* suppose au préalable que la base de données concernée soit protégée. L'objet de la protection est la base de données définie par la directive comme « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière* »[359]. Dans l'arrêt *Fixture Marketing*, la Cour de justice a précisé que la qualification de base de données requiert « *l'existence d'un recueil d'« éléments indépendants », c'est-à-dire d'éléments*

[358] Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1990, p. 20.
[359] *Ibid*., article 1 § 2.

séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu informatif, littéraire, artistique, musical ou autre s'en trouve d'affectée. Est, à ce titre, exclue du champ d'application de la directive la fixation d'une œuvre audiovisuelle, cinématographique, littéraire ou musicale »[360]. Peuvent ainsi être qualifiées de bases de données les différentes ressources numériques susceptibles d'être ciblées par un hyperlien telles que des ensembles organisés de textes, de musiques, de programmes audiovisuels, d'adresses d'URL mais également des sites marchands ou des moteurs de recherche spécialisés, tant que les éléments constituant la base sont séparables et autonomes de cette dernière[361].

158. Précisons que les bases de données peuvent bénéficier d'une double protection en vertu de la directive. Elles peuvent être protégées par le droit d'auteur, pourvu que le choix ou la disposition des matières composant la base constitue une création intellectuelle propre à son auteur[362]. Dans ce cas, c'est la base de données en tant qu'œuvre qui est l'objet de la protection et nous renvoyons donc aux développements précédents qui restent valables. Mais le droit européen de la protection des bases de données prévoit, en outre, un droit *sui generis* pour le fabricant de cette base, qui consiste en un « *droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci* [la base de données], *lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* »[363]. L'objet de la protection est ici le contenu de la base, contenu dont l'obtention, la vérification ou la présentation doit attester d'un investissement substantiel. Or l'hyperlien est susceptible de pointer vers un tel contenu. L'affaire *Keljob* en France en atteste. Les juges du TGI de Paris[364] puis la Cour d'appel de Paris[365] ont, en effet, envisagé que l'opération de création d'un lien par un moteur de recherche spécialisé puisse se rapporter à des informations présentes dans la base de données d'un concurrent (sans que cela ne constitue toutefois, selon la Cour d'appel, une violation du droit de ce concurrent sur sa base de données). La CJUE a elle aussi eu l'occasion de traiter, dans l'arrêt *Innoweb,* de la légalité d'un métamoteur de recherche dédié dont l'activité de création de liens impliquait le *droit sui generis* sur une bases de données[366].

---

[360] CJCE 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixture Marketing*, Rec. p. I-10549, point 29.

[361] Sur ce point v. notamment Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Tome 1, Droit des biens, *op. cit.*, n°854 ; Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, *op. cit.*, n°657.

[362] Directive 96/9/CE concernant la protection juridique de bases de données, préc., art. 3.

[363] *Ibid*, art. 7 §1.

[364] TGI Paris, 5 septembre 2001, *Cadreemploi c. Keljob*, www.légalis.net.

[365] CA Paris, 25 mai 2001, *Keljob c. Cadremploi*, www.légalis.net.

[366] CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, Rec. général.

159. Cependant, la condition selon laquelle la protection n'est accordée qu'aux bases dont l'obtention, la vérification ou la présentation attestent d'un investissement substantiel constitue une limite à la mise en œuvre du droit *sui generis* par l'hyperlien. La Cour de justice a précisé que cet investissement substantiel comprenait les moyens consacrés à la recherche, au rassemblement et à la vérification de l'exactitude et de la fiabilité des éléments constituant la base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour créer les données.[367] En d'autres termes, l'investissement substantiel doit être autonome par rapport à l'activité dont pourraient être issues les données constituant la base[368]. Cette exigence réduit évidemment le champ d'application du droit *sui generis* et limite donc l'éventualité qu'un hyperlien implique une information ou un ensemble d'informations protégeables par le droit *sui generis*[369]. La procédure néerlandaise qui a conduit à l'arrêt *Ryanair*[370] de la CJUE, ainsi que l'arrêt subséquent *Ryanair c. opodo*[371] de la Cour de cassation française, illustrent cette limite. Ces affaires concernaient toutes deux l'exploitation de la base de données du site *Ryanair* (horaires, destinations, prix etc.) par des sites de comparateurs de prix. Dans les deux cas, les juges néerlandais et français ont refusé d'accorder la protection du droit *sui generis* des bases de données à la société *Ryanair* car l'apport de *Ryanair* consistait dans la création des données, et non dans leur collecte, comme l'exige le droit *sui generis* sur les bases de données[372]. Or bon nombre de sites Internet tels que certaines places de marché ou certains vendeurs en ligne, exploitant des données directement issues de leur activité, ne sauraient revendiquer la protection du droit *sui generis* sur les bases de données pour avoir rassemblé ces données[373].

160. Un créateur automatique de liens, tel qu'un moteur de recherche spécialisé, qui utilise les données d'un site marchand, des annonces et des prix par exemple, pour créer des liens vers ce site, ne s'expose donc pas à l'application du droit *sui generis*, si aucun investissement n'a été réalisé pour assurer la fiabilité des données (vérification des données) ou la navigation fonctionnelle dans ces bases (présentation des données). L'objet de la protection constitue ainsi une première limite s'agissant de la mise en jeu du droit *sui generis* sur les bases de données du fait des actes préparatoires à la création d'hyperliens.

---

[367] CJCE 9 novembre 2004, *Fixture Marketing*, préc., points 45 et 46 ; V. également CJCE 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board*, p. I-10415, points 49 à 42.

[368] CJCE 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixture Marketing*, préc., point 45 ; CJCE 9 novembre 2004, aff. C-203/02, The *British Horseracing Board*, préc., point 40.

[369] Sur ce point v. notamment Vivant M., L'investissement, rien que l'investissement... », RLDI n°104, 2005.

[370] CJUE 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Ryanair,* Rec. général.

[371] Cass. com, 10 février 2015, n° 12-26023 *Ryanair c. Opodo*.

[372] V. Larrieu J., La protection contractuelle d'une base de données, Propr. Indus. n°11, 2015.

[373] La simple recherche ou la vérification de telles données n'étant pas suffisantes pour caractériser un investissement substantiel, CJCE 9 novembre 2004, *Fixture Marketing*, préc., point 45 ; CJCE 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board*, préc., point 40.

161. Une nuance à ce qui vient d'être affirmé doit toutefois être apportée. Dans l'arrêt *Ryanair*, la Cour de justice a estimé que lorsqu'une base de données ne répond pas aux conditions permettant sa protection par le droit d'auteur et/ou le droit *sui generis*, la directive sur la protection juridique ne peut lui être appliquée. En conséquence, dit la Cour, le détenteur de la base de données peut tout à fait prévoir des restrictions contractuelles à l'utilisation de la base alors même que de telles limitations sont prohibées s'agissant des bases de données protégées par la directive précitée. Cet arrêt pourrait de ce fait laisser penser que les conditions générales d'utilisation d'un site internet intégrant une base de données pourraient prévoir l'interdiction d'utiliser cette base aux fins de création d'un hyperlien.

162. Si la Cour autorise le contrat à aller au-delà de la loi et des équilibres qu'elle prévoit en matière de bases de données[374], il nous semble que cette éventualité n'est pas pertinente en matière d'hyperliens. Comme le relève le professeur Larrieu, il faut douter du fait que des obligations contractuelles puissent naître des conditions générales d'utilisation (CGU) d'un site en libre accès[375]. Dans le cas du site de *Ryanair*, il est vrai que les CGU prévoyaient bien une limitation de l'utilisation de la base de données mais le site est ouvert aux utilisateurs et l'accès n'est nullement conditionné à l'obligation de cocher une case d'acceptation du contrat d'utilisation du site auquel s'apparentent les CGU. C'est seulement en cas d'acceptation par un clic, que des limitations contractuelles pourraient être opposées au tiers exploitant la base, ce que la Cour semble avoir présupposé dans l'arrêt *Ryanair*. Comme l'indique encore le professeur Larrieu, la visite d'un site ne vaut pas automatiquement acceptation des CGU[376]. Cela est d'autant plus vrai en matière d'hyperlien puisque la création d'un lien vers un site n'implique pas nécessairement que ce site ait été visité[377]. On gagera également que, en droit français, la Cour de cassation a explicitement refusé de soumettre la création d'un lien aux conditions générales d'utilisation d'un site en accès ouvert[378]. De ce fait, il nous semble que le contrat est un instrument permettant de s'opposer à la création d'un lien menant vers une base de données.

163. Dans le cas où la base de données pointée est une base de données protégée au titre du droit *sui generis*, l'article 7 § 1 de la directive sur la protection des bases de données dispose que le fabricant d'une

---

374 Sur ce point v. Vivant M., obs. sous CJUE 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Ryanair*, Propr. Intell., n°58, 2016, p.89 ; Castets-Renard C., La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE, RLDI 2015/113.

375 Larrieu J., la protection contractuelle des bases de données, préc.

376 *Ibid*.

377 Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, droit et technologies.org, 2001, 37 p. ; accessible à : https://www.droit-technologie.org/dossiers/responsabilite-des-intermediaires-le-probleme-des-hyperliens/. Dernier accès le 01/03/2019.

378 Cass. civ, n° 11-20480, 31 octobre 2012.

base de données a le droit d'interdire l'extraction et la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle de celle-ci, évaluée de façon quantitative ou qualitative. C'est donc uniquement si l'hyperlien met en œuvre une telle extraction ou une telle réutilisation qu'il tombera sous le coup d'un régime d'autorisation au titre du droit *sui generis*.

B. Les raisons tenant au champ d'application du droit *sui generis*

164. Si le droit *sui generis* confère à son titulaire le droit d'interdire portant ou sur l'extraction ou sur la réutilisation d'une partie substantielle d'une base de données, évaluée de façon quantitative ou qualitative, seule la première de ces facultés nous intéressera ici. Le droit d'interdire la réutilisation s'apparente en effet à un droit d'interdire la mise à disposition de la base au public et concerne par conséquent l'affichage du lien. En revanche, le droit d'interdire l'extraction est susceptible de concerner les actes préparatoires à la création de liens. Un retour sur la notion d'extraction permettra de le percevoir.

165. L'article 7 § 2 définit l'extraction comme « *le transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit* ». Par ailleurs, sur la base du § 5 de l'article 7, la CJUE a précisé qu'étaient interdits « *des actes d'extraction répétés et systématiques portant sur une partie non substantielle du contenu de ladite base, qui, par leur effet cumulatif, aboutiraient à reconstituer, sans autorisation du fabricant, la base de données dans son ensemble ou, à tout le moins, une partie substantielle de celle-ci, et qui porteraient ainsi gravement atteinte à l'investissement de ce fabricant* »[379]. Pour la CJUE, l'objectif ou la finalité poursuivis lors de l'extraction est ainsi sans conséquence sur le périmètre du droit. À ce titre, il importe peu que l'extraction aboutisse à la création d'une base de données différente de la base originale ou que les données copiées soient adaptées à la finalité de l'extraction[380]. La notion d'extraction doit donc être comprise largement dès lors qu'une partie de la base est copiée, de quelque manière que ce soit, sur un autre support et de façon permanente ou temporaire[381].

166. De là, se pose la question de savoir si le *crawling* effectué par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'actualité, peut constituer une extraction au sens de droit de l'UE. La CJUE n'a pas eu l'occasion de répondre sous l'angle de la notion d'extraction. En revanche, les juridictions françaises ont considéré, bien que par une motivation assez lapidaire, que l'indexation du contenu d'une base de données

---

379 CJCE 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board*, préc., point 86.

380 CJCE 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing*, Rec. p. I-07565.

381 CJCE 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board,* préc., point 51 ; CJCE 5 mars 2009, aff. C-545/07, *Apis-Hristovich*, p. I-01627, points 40 et 41.

par un moteur de recherche spécialisé n'était pas constitutive d'une extraction prohibée[382]. Les juges ont effectivement jugé que l'indexation n'entrainaît pas de stockage des données de la base mais permettait uniquement de répertorier les adresses des sites donnant accès à ces informations en vue de satisfaire les requêtes des utilisateurs finaux. Cette solution peut étonner : comme nous l'avons souligné, la notion d'extraction est large et comprend tous types de transferts effectués à partir d'une base de données protégée, qu'ils soient temporaires ou non, peu important leur finalité[383]. Or ainsi entendue, la notion d'extraction couvre à n'en pas douter les « copies provisoires » découlant du *crawling*. Par ailleurs, les données récupérées lors du *crawling* peuvent être limitées (adresse URL, titre, extraits etc) sans que cela ne permette d'écarter d'office le droit *sui generis*. Ce dernier couvre en effet également les *« actes d'extraction répétés et systématiques portant sur une partie non substantielle du contenu de ladite base »*. Dans cette perspective, le droit *sui generis* paraissait à même de saisir certains actes de *crawling* portant sur une base de données[384], à rebours de la décision française.

167. Une autre lecture, moins littérale et plus finaliste, des dispositions de la directive 96/9/CE appliquées au *crawling* paraît en revanche compatible avec la décision précitée. Il est en effet possible d'arguer que les services proposés par un moteur de recherche ou un agrégateur d'actualité ne concurrencent pas le propriétaire de la base de données mais offrent un nouveau service facilitant la navigation et l'orientation des internautes. Il est à cet égard possible de tirer quelques enseignements de l'arrêt *Innoweb*[385], dans lequel la Cour de justice s'est appuyée sur la finalité du droit *sui generis*, systématisant par la même occasion, le sens de ce dernier. Cet arrêt de la Cour portait essentiellement sur le point de savoir si un moteur de recherche dédié se rendait coupable d'une réutilisation des données, au sens du droit *sui generis*, des bases de données des sites explorés pour les besoins de son activité.

168. Classiquement la Cour commence par rappeler que la finalité du droit *sui generis* est de garantir *« la rémunération de son investissement en la protégeant contre l'appropriation non autorisée des résultats obtenus de cet investissement »*[386]. La Cour estime ensuite que cette finalité serait remise en cause si *« l'utilisateur final, à la recherche de données, n'a plus besoin de se rendre sur le site internet de la base de données concernée* [...] *étant donné qu'il peut consulter le contenu de celle-ci « en temps réel » à travers*

---

[382] TGI de Paris, 1 février 2011, *Adenclassifieds c. Solus'immo*, légalis.net ; v. également l'affaire *Pressimo on Line c. Solus Immo, Yakaz, Gloobot* dans laquelle les juges parisiens qui, pour conclure à l'absence de parasitisme d'un moteur de recherche spécialisé, établissent que l'utilisation de la base aboutit à l'indexation d'une information et non à son extraction : TGI Paris, 26 janvier 2012 *Pressimo on Line c. Solus Immo, Yakaz, Gloobot,* www.legalis.net.

[383] Logeais E., La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données, Propr. Intell. n°43, avril 2012, p. 230.

[384] En ce sens, *Ibid*. p. 230.

[385] CJUE 19 décembre 2013 *Innoweb*, préc.

[386] *Ibid*., point 35.

le site internet du métamoteur de recherche dédié ». À cet égard, la Cour poursuit en indiquant que l'activité d'un métamoteur de recherche dédié « *se rapproche de la fabrication d'un produit concurrent parasite visé par le considérant 42 de la directive 96/9* »[387].

169. Il nous semble que l'on peut déduire de cette solution que, *a contrario*, l'acte d'extraction opéré dans le cadre du *crawling* ne permet pas, en tant que tel, de se passer de la base de données originale. Il ne relèverait donc pas de cette protection privative dite « *« périphérique », entre parasitisme et concurrence déloyale* » à laquelle la Cour rattache le droit *sui generis*[388]. Et l'on retombe ainsi sur la solution du Tribunal français : l'indexation opérée par les créateurs automatiques de liens ne peut constituer une extraction au sens du droit *sui generis* car elle ne rentre pas en conflit avec la finalité de ce dernier : « l'extraction – *crawling* » permet en effet un service nouveau, qui ne concurrence pas le fabricant de la base de données crawlée[389]. La CJUE n'a encore jamais précisément tranché ce point. En revanche, l'approche proposée pour expliquer la validité juridique de la solution française paraît se situer dans la droite lignée des méthodes d'interprétation finalistes et systématiques privilégiées par la Cour de justice et chères à la construction communautaire[390]. Il nous semble alors logique de conclure que le *crawling* ne devrait pas enfreindre le droit du fabriquant, d'une base de données protégée, d'interdire l'extraction de ces dernières. La raison à cela est qu le *crawling* apparaît neutre vis-à-vis de ce droit en ce qu'il ne le concurrence pas.

Conclusion de la section 1

170. D'une manière générale, il faut constater que les actes préparatoires à la création de liens sont libres en ce sens qu'ils ne devraient pas être soumis à l'autorisation du titulaire de droit. Cela est le cas tant au regard du droit de reproduction accordé aux auteurs d'œuvres originales qu'au regard du droit *sui generis* accordé aux fabricants desdites bases. L'issue paraît légitime : soumettre au droit exclusif des reproductions essentiellement techniques, accessoires de la communication au public de l'œuvre ou de l'objet protégés, paraîtrait artificielle[391]. Par ailleurs, cette solution irait, selon nous, à rebours du

---

[387] *Ibid*., point 48.

[388] Daverat X., obs. sous, CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, LPA, n°94, mai 2014, p. 6.

[389] À tout le moins s'agissant de l'extraction *stricto sensu*, car, comme nous le verrons, la solution peut être différente s'agissant du droit d'interdire la réutilisation d'une partie substantielle de la base de données.

[390] V. notamment Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, préc. ; Lenaerts K., Gutiérrez-Fons J., To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, EUI Working paper, Academy of European Law, n°9, 2013 ; Zolynski C., L'élaboration de la jurisprudence de la CJUE *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 814 ; Mertens de Wilmar J, Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des communautés européennes, préc., spéc., p. 16 ; Zolynski C., Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, *op. cit*., n°85 et s.

[391] En ce Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit*., n°247 et 257.

considérant 31 de la directive « InfoSoc » qui rappelle l'objectif d'un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits et les utilisateurs d'objets protégés.

Section 2. - La présentation de l'hyperlien : un acte déclenchant de manière limitée l'application du droit d'auteur ou d'un droit voisin

171. Dans quelle mesure la présentation au public des internautes, d'un lien renvoyant vers un objet protégé, est susceptible d'être soumise à autorisation du titulaire de droits au titre du droit d'auteur ou des droits voisins ? Le point est évidemment central pour la liberté de lier. Il concerne en effet l'ensemble des liens, tant ceux créés sur les réseaux sociaux, comme *Twitter* ou *Facebook*, que ceux créés sur les sites web les plus classiques, sans oublier les innombrables liens générés par les moteurs de recherche. Selon la teneur de la réponse à cette interrogation, c'est l'ensemble de l'écosystème de l'hyperlien, quel que soit son mode de création, qui pourrait être remis en cause. De fait, si une atteinte à ces droits exclusifs du fait de l'affichage du lien devait être avérée, l'ensemble des acteurs précités serait concerné par l'obligation d'obtenir l'autorisation du titulaire de droit. Or la liberté de lier s'accommode très mal d'un régime d'autorisation. Pour autant, et contrairement à une idée parfois répandue sur Internet, le droit d'auteur n'admet pas d'autorisation implicite de créer un hyperlien, qui permettrait de « *juguler tout questionnement sur la mise en œuvre des droits exclusifs* »[392]. Quelques propos liminaires nous permettront de revenir sur ce pourquoi une telle autorisation implicite est inenvisageable de *lege lata* (§1).

172. La question de l'application du droit d'auteur, en particulier au titre du droit de reproduction et du droit de communication au public à l'hyperlien, doit donc être traitée. À cet égard, nous montrerons que la présentation de l'hyperlien au public ne déclenche l'application de l'un de ces deux droits que de manière exceptionnelle. Le caractère restreint de cette mise en jeu du droit exclusif découle principalement du régime général de l'hyperlien au regard du droit d'auteur et des droits voisins (§ 2). Ce régime est évidemment central puisqu'il concerne tous les hyperliens, quelles que soient les modalités de leur création. Il l'est également dans la mesure où ce régime a fait l'objet de précisions jurisprudentielles particulièrement fécondes concernant l'interaction entre l'hyperlien et la notion de communication au public. Certains aspects propres aux liens générés par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information seront toutefois évoqués séparément, en raison de leur spécificité. Dans ce cas, l'absence de mise en œuvre du droit exclusif doit être considérée comme relative (§ 3).

[392] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 22.

§ 1. - Propos liminaires : l'inadmissibilité de la théorie de l'autorisation implicite de lier

173. Certains auteurs[393], secondés par des acteurs de l'Internet[394], ont émis une théorie relative à l'autorisation implicite de lier afin d'extraire l'hyperlien de tout questionnement relatif à son assujettissement au droit d'auteur et aux droits voisins. Toutefois, à défaut de fondements théoriques solides (A) et au regard de son incompatibilité avec le droit européen (B), l'admission de cette théorie en droit de l'UE ne saurait aller au-delà de ce que l'imagination des juristes autorise.

A. Une théorie insuffisamment fondée au plan théorique

174. La théorie de l'autorisation implicite de poser un lien dispose d'une assise consistante reposant sur deux fondements distincts. Chacun lui confère, selon leur logique propre, une certaine pertinence sur le plan juridique. Selon une première approche, l'autorisation implicite serait fondée sur les usages de l'Internet, sans que ces derniers ne soient suffisamment stables pour servir de fondement réel (1). Dans une seconde approche, le principe de l'épuisement du droit d'auteur et des droits voisins est invoqué afin de justifier que la pose d'un lien puisse se faire sans autorisation du titulaire de droits dès lors que l'œuvre pointée est librement accessible. Cette justification apparaît cependant en décalage avec le droit positif (2).

1° Les usages de l'Internet, un fondement instable

175. La théorie de l'autorisation implicite de lier - aussi appelée licence implicite ou consentement implicite – est une théorie inspirée du droit anglo-saxon[395]. Elle renvoie à l'idée selon laquelle toute personne ayant publié un contenu en ligne sans restriction d'accès est réputée avoir implicitement autorisé les tiers à créer des liens vers ce contenu[396]. En matière de moteurs de recherche, cette pratique, souvent

---

[393] V. par exemple, Reed C., Copyright in WWW pages. News from Shetland copyright in links to world wide web pages, Computer & Security Review, Vol. 13, n°3, 1997, p. 167 ; Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, préc., p. 9 ; Manara C., Référencement et droit d'auteur, préc.

[394] Le moteur de recherche Google est par exemple un défenseur de cette approche. V. notamment Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p.122.

[395] Pihlajarinne T., Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective, IIC., Vol. 43, n°6, p.700.

[396] Sur la définition de la théorie de la licence implicite de créer un lien v. notamment Pihlajarrine. Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective préc. ; Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, préc., p. 9 ; Verbiest T., Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ? Juriscom.net, 2000.

mise en avant par *Google* pour légitimer sa tâche, est appelée *opt-out*[397] : cette expression anglo-saxonne signifie que, par défaut, une personne publiant sur Internet accepte d'être référencée par un moteur de recherche. Le refus de référencement doit alors se manifester positivement par une mesure technique qui prend la forme d'une balise *robots.txt* insérée dans le code de la page HTML recevant le contenu[398]. La théorie de l'autorisation implicite a également été sollicitée devant certains juges européens, avec des résultats contrastés[399]. En Belgique, dans l'affaire *Copiepresse*, la Cour d'appel de Bruxelles a clairement refusé de valider cette théorie[400]. *A contrario*, certaines juridictions françaises l'ont accueillie favorablement, tant pour la pose d'un hyperlien simple[401], que pour la création de liens plus complexes opérée par un moteur de recherche[402]. De telles décisions restent cependant éparses et assez peu claires. En Allemagne, la Cour fédérale de justice[403] s'est également penchée sur le cas de l'autorisation implicite appliquée aux activités de *Google*. La haute Cour allemande a dénié à *Google* le bénéfice de cette théorie *proprio sensu*. Elle a toutefois jugé que la publication d'une œuvre sur Internet par son auteur équivalait à un consentement implicite, qui doit s'analyser comme un fait justificatif excluant l'illicéité de l'hyperlien[404].

---

[397] V. Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p. 122.

[398] Il faut préciser que la gestion des robots.txt relève des standards de la pratique et que, juridiquement, rien n'oblige les moteurs de recherche à respecter ce protocole d'exclusion. Sur ce point v. notamment Sire G., Les moteurs de recherche, *op. cit.*, p. 21 ; Manara C., Référencement et droit d'auteur, préc. ; il faut également souligner la possibilité de prévoir une balise « no.archive » dans le code HTML d'une page web afin de permettre à l'auteur de cette page d'éviter la création d'un lien vers une « copie cache » du contenu, copie se trouvant sur les serveurs du moteur de recherche.

[399] Pour un panorama de ces décisions, v. Pihlajarrine. Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective préc.

[400] CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse, accessible à : https://www.copiepresse.be/images/file/Google/Copiepresse_jugement_appel_contre_Google_5_mai_2011(2).pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

[401] Tribunal de commerce de Nanterre, ordonnance de référé, 8 novembre 2000, www.legalis.net : « Que la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et *intersites puissent être effectués librement, surtout lorsqu'ils ne se font pas, comme en l'espèce, directement sur les pages individuelles du site référencé* » ; Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé du 26 décembre 2000, www. légalis.net : « ... *l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web...* ».

[402] CA de Paris, SAIF c. Google, 26 janvier 2011, juriscom.net ; CA de Paris, *Google c. Aufeminin.com*, 4 février 2011, www.legalis.net.

[403] BGH, 29 avril 2010, I ZR 69/08.

[404] Lucas- Schloetter A., La licéité *des thumbnails* au regard du droit d'auteur allemand, obs. sous. BGH, 29 avril 2010, I ZR 69/08, LEPI n°3, juillet 2010, p. 1 ; V. également Strowel A., Quand Google défie le droit, *op. cit.*, p. 130 qui estime que la Cour fédérale a fait usage de l'abus de droit d'auteur à l'encontre du demandeur pour valider les opérations de *Google*. ; en ce sens v. également, Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 22. Il semble néanmoins que ce soit la Cour d'appel allemande ayant eu à traiter de l'affaire au fond, qui ait fait usage de la théorie de l'abus du droit d'auteur, et non la Cour fédérale allemande ; en ce sens, v. Lucas-Schloetter A., La licéité des *thumbnails* au regard du droit d'auteur allemand, préc.

176. Par ailleurs, dans l'arrêt *Soulier et Doke* de 2016[405], la CJUE a semblé faire écho à la théorie de la licence implicite, de manière limitée toutefois. Dans cette affaire, la Cour de justice, saisie par une question préjudicielle du Conseil d'État français, devait se prononcer sur la validité de la loi française sur « les livres indisponibles » au regard de la directive 2001/29/CE. Au cours de son raisonnement, dont il n'est pas ici nécessaire d'exposer les détails, la Cour a estimé que le consentement de l'auteur à l'exploitation de son œuvre pouvait s'exprimer de manière implicite[406]. À l'appui de cette affirmation la Cour a ensuite invoqué sa jurisprudence sur l'application du droit de communication au public aux hyperliens[407] :

> « *Ainsi, dans une affaire où elle était interrogée au sujet de la notion de « public nouveau », la Cour a estimé que, dans une situation où un auteur avait autorisé, de façon préalable, explicite et dépourvue de réserves, la publication de ses articles sur le site internet d'un éditeur de presse, sans recourir par ailleurs à des mesures techniques limitant l'accès à ces œuvres à partir d'autres sites internet, cet auteur pouvait être regardé, en substance, comme ayant autorisé la communication desdites œuvres à l'ensemble des internautes* »[408].

177. Cette assertion pourrait donc sembler accréditer la thèse selon laquelle il existe effectivement une autorisation implicite de poser des liens en droit de l'UE. Cependant, la Cour prend aussitôt le contrepied de sa propre affirmation en estimant que : « [l]'*objectif de protection élevée des auteurs auquel se réfère le considérant 9 de la directive 2001/29 implique que les conditions dans lesquelles un consentement implicite peut être admis doivent être définies strictement, afin de ne pas priver de portée le principe même du consentement préalable de l'auteur* »[409]. La Cour estime ensuite que l'autorisation implicite d'utiliser une œuvre ne peut se déduire du silence du titulaire de droits, qui doit être « *informé de la future utilisation de son œuvre par un tiers et des moyens mis à sa disposition en vue de l'interdire s'il le souhaite* »[410]. Or tout l'intérêt de la théorie de l'autorisation implicite repose sur l'absence de formalité préalable à la pose de l'hyperlien et, en particulier, à l'information du site pointé.

178. Quoi qu'il en soit, ces différentes décisions nous invitent à revenir sur les fondements qui permettent de légitimer la théorie de l'autorisation implicite de lier. Un auteur en a avancé quatre[411].

---

[405] CJUE 16 novembre 2016, aff. C-301/15, *Soulier et Doke*, Rec. général.
[406] *Ibid*., point 35.
[407] V. *infra*, n°216 et s.
[408] CJUE 16 novembre 2016, *Soulier et Doke*, préc., point 36.
[409] *Ibid*., point 37.
[410] *Ibid*., point 38.
[411] Reed C., Copyright in WWW pages. News from Shetland copyright in links to world wide web pages, Computer & Security Report, Vol. 13, n°3, 1997, p.167.

Premièrement les liens constituent le maillage reliant entre eux les contenus de l'Internet et sont, à ce titre, une composante existentielle de l'Internet[412]. Deuxièmement, le langage HTML, dans lequel la plupart des pages du web sont écrites, est davantage conçu pour relier des pages web que des sites web, ce qui justifierait les liens profonds. Troisièmement, les titulaires de droits peuvent utiliser des protocoles d'exclusion pour empêcher la création de liens vers leurs contenus. Quatrièmement, Internet serait complètement impraticable sans les outils de navigation que sont les liens, y compris lorsqu'ils sont créés par un moteur de recherche. Dans cette perspective, quiconque publierait sur Internet accepterait nécessairement d'être pris dans ce maillage, à défaut d'exprimer une volonté contraire. Il y a dans cette approche de la création de l'hyperlien, un recentrage sur sa fonction : permettre de localiser une information, un contenu du web et d'y accéder facilement, rend l'hyperlien indispensable à la bonne marche de l'Internet. Selon ses partisans, c'est au regard de cette fonction informationnelle, qui peut valoir tant pour un lien simple que pour un lien présenté dans les résultats d'un moteur de recherche ou d'un agrégateur d'actualité[413], que la théorie de la licence implicite devrait être admise. Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *SAIF c. Google* peut d'ailleurs être lu sous cet angle lorsqu'elle estime que la création, par un moteur de recherche, d'un ensemble de liens revêtant la forme d'images miniaturisées répond à une fonctionnalité nécessaire de ce moteur en vue de permettre à un internaute de rechercher et de localiser une image sur Internet[414].

179. Cette approche de la théorie de l'autorisation implicite se place indubitablement dans la perspective d'un droit coutumier, d'une *lex electronica*[415], qu'il convient alors d'analyser. Il est établi que la coutume est une source du droit[416], qui nait d'un usage suffisamment constant et régulier pour qu'une communauté le considère comme devant être obligatoirement suivi[417]. L'usage tire alors son caractère contraignant d'éléments d'ordre matériel - la répétition de l'usage dans le temps et dans l'espace - et d'ordre psychologique – le sentiment de l'obligatoire[418]. Dans cette hypothèse, l'autorisation implicite de

---

412 En ce sens v. notamment Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, 3 mars 2003, p. 20 ; Thoumyre L., l'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée, Cahier Lamy du droit de l'informatique et des réseaux, n°15, 2003.

413 Sur ce point v. Manara C., Le droit d'auteur contre l'accès mondial à l'information ? R.I.D.E, n°2, 2011, p. 143 ; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 18 et s.

414 CA de Paris, *SAIF c. Google*, 26 janvier 2011, préc.

415 Sur l'origine de cette expression, v. Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p., p. 92.

416 Ainsi que l'enseignent invariablement les manuels français d'introduction au droit, v. notamment Terré F., Introduction générale au droit, 10ème éd. 2015, Dalloz, coll. Précis, 650 p., n°389 ; ou les ouvrages de théorie du droit, v. notamment Jestaz P., Les sources du droit, 2ème éd., 2015, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 198 p. 129 p. ; Bergel J-L, Théorie générale du droit, 2012, 5ème éd. Dalloz, coll. Méthode du droit, 399 p., p. 63.

417 Terré F., Introduction générale au droit, op., cit., n°389.

418 V. notamment Carbonnier J., Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., 2001, L.G.D.J, 493 p., p. 118.

poser un hyperlien serait un usage devenu une norme obligatoire traditionnellement admise par tous sur les réseaux. Elle relèverait alors d'une sorte de « construction coutumière »[419] propre au cyberespace. Cette perspective est intéressante si l'on admet, dans le cyberespace, l'importance des modes de régulations souples fondées sur la pratique[420].

180. Pour autant, il n'est pas sûr que l'autorisation implicite de lier relève d'une pratique dont la répétition dans le temps et dans l'espace, et dont le sentiment de l'obligatoire lui confèrent un réel caractère normatif. Est-il en effet possible de considérer que l'usage de l'hyperlien est suffisamment ancien alors que cette technique ne s'est généralisée qu'il y a une vingtaine d'années ? [421] Surtout, l'ensemble des acteurs de l'Internet sont-ils disposés à croire dans le caractère obligatoire de l'autorisation implicite ? La chose est sans doute plus complexe : la multiplication des contentieux portant sur des enjeux relatifs au droit d'auteur et aux hyperliens démontre que l'ensemble des acteurs de l'Internet, et en particulier les titulaires de droit n'adhèrent pas en bloc à la théorie de la licence implicite. Cette théorie est incontestablement manipulée par certains acteurs dominants de l'Internet pour servir leurs intérêts commerciaux[422]. Elle relèverait à cet égard de ce que le professeur Jestaz considère au sujet de la *lex mercatoria* : des pratiques moins spontanées chez les acteurs, « *qu'imposées par les plus puissants d'entre eux, cette coutume ou prétendue telle est suspecte de justifier par la fiction d'une adhésion générale la politique dominante et dominatrice de certains* »[423]. Il est en conséquence difficile d'admettre purement et simplement que la théorie de l'autorisation implicite décrive d'une pratique dont la stabilité lui confèrerait un caractère normatif.

181. Pour finir, soulignons que la théorie de l'autorisation implicite heurte frontalement les règles fondamentales du droit européen du droit d'auteur, qui exige, de celui qui entend exploiter l'œuvre, l'autorisation expresse du titulaire de droits[424]. La théorie de l'autorisation implicite décrit alors une pratique *contra legem*, ce qui, selon nous, la rend d'autant plus irrecevable.

---

[419] L'expression est empruntée à Boris Barraud. V. *Ibid*., p. 79 et s.

[420] *Ibid*.

[421] Comp. Pironon V., L'internet et la mondialisation, Gaz. Pal., n° 307, 2007, p.11. Cet auteur doutait, certes en 2007, que la *lex electronica*, dans son ensemble, soit suffisamment ancienne pour contenir de véritables usages ou principes généraux.

[422] En ce sens, Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit*., p. 122.

[423] Jestaz P., Le droit, 10ème éd., 2018, Dalloz, coll. connaissance du droit, 176 p., p. 72.

[424] Voir *infra*, n°216 et s.

2° La théorie de l'épuisement du droit de distribution, un fondement inadapté

182. Il est également possible de rapprocher la théorie de l'autorisation implicite de la logique de l'épuisement du droit de distribution[425], principe bien connu du droit de la propriété intellectuelle. Implicitement posé par la Cour de justice pour la première fois dans le célèbre arrêt *Deutsche Grammophon*[426], puis affirmé dans l'arrêt *Musik Vertrieb*[427], ce principe est désormais consacré en droit dérivé de l'Union[428]. Il énonce que lorsqu'un exemplaire d'une œuvre a été mis pour la première fois en circulation dans l'espace économique européen par le titulaire de droits, ou avec son consentement, ce dernier ne peut plus s'opposer aux actes de revente subséquents[429]. En d'autres termes, le droit de distribution, qui subordonne à l'autorisation de l'auteur la mise en circulation des exemplaires de l'œuvre, disparaît à la première mise sur le marché.

183. Cet épuisement, qui ne concerne que le droit de distribution[430], a pour objectif originel d'opérer un équilibre entre le monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre et les droits du propriétaire du support dans lequel l'œuvre est incorporée. Le droit de l'Union y adjoint un autre fondement : le principe de libre circulation des marchandises, aujourd'hui fixé aux articles 34 et 35 du TFUE. En effet, lorsque la Cour de justice a fait pour les premières fois application de la théorie de l'épuisement, il s'agissait avant tout d'éviter que par le jeu des droits exclusifs l'auteur ne contrôle la circulation des exemplaires de l'œuvre au sein du marché commun. Cela aurait abouti à reconstituer des marchés nationaux cloisonnés, en contradiction avec le principe cardinal de libre circulation.

184. Or pour le CSPLA, l'un des fondements théoriques de l'épuisement du droit de distribution rejoint la théorie de l'autorisation implicite de lier[431] : il s'agit effectivement de dire qu'une fois que l'auteur a

---

[425] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 23 ; Voir également Afori O., Implied Licence : An emerging new standard in copyright law, Santa Clara High Tech L.J, Vol. 25, issue 2, 2008, p. 275, http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol25/iss2/2 dernier accès le 01/03/2019 ; L'auteur rapproche directement la théorie de la licence implicite de la doctrine du First Sale, équipollant nord américain de l'épuisement du droit de distribution.

[426] CJCE 8 juin 1971, aff. C-78/70, *Deutsche Grammophon*, Rec. p. 487, points 12 et 13.

[427] CJCE 8 juin 1981, aff. jtes C-55 et C-57/80, *Musik Vertrieb*, Rec. p. 147, point 27.

[428] Pour le droit d'auteur et les droits voisins, v. Directive n° 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, préc., art. 4 §2 ; pour la protection des bases de données, v. Directive 96/9/CE concernant la protection juridique de bases de données, préc., art. 5. C).

[429] Sur l'application de ce principe en droit européen v. notamment, Benabou V-L, Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire, 1997, Bruylant, 591 p, p. 255 et s. ; Zolynski C., L'épuisement en ligne, Propr. Intell. n°55, 2015, p. 1339 ; Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit*., n°281.

[430] V. par ex. Directive n° 2001/29/CE article 4 §1. Le droit de distribution y est défini comme le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, notamment la vente, de l'original ou de copies d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. La Cour de justice de l'Union européenne a par ailleurs précisé que la notion de distribution était conditionnée par un transfert de propriété, CJCE 17 avril 2008, aff. C-456/06, *Peek & Cloppenburg*, p. I-2750, point 36.

[431] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 23.

autorisé la mise en circulation de son œuvre, que ce soit dans l'univers analogique ou dans l'univers numérique, ce dernier ne devrait plus pouvoir s'opposer à ce que cette œuvre circule et passe de mains en mains – ou d'internautes en internautes, lorsqu'il s'agit d'hyperliens. En ce sens, l'autorisation implicite de lier repose, en quelque sorte, sur l'idée d'un épuisement du droit de distribution numérique[432] appliqué aux hyperliens.

185. Il apparaît toutefois difficilement acceptable de fonder la théorie de l'autorisation implicite sur l'idée d'un épuisement du droit de distribution prolongé à l'espace numérique. Effectivement, ainsi que le précise explicitement le considérant 28 de la directive « InfoSoc », l'épuisement du droit de distribution ne vaut en principe que pour la circulation d'un exemplaire tangible dans lequel l'œuvre se trouve incorporée. L'arrêt *UsedSoft*[433], au demeurant très critiqué[434], a pu quelque peu brouiller la portée de ce principe. Les juges de Luxembourg ont effectivement estimé dans cette décision que « *le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise du support matériel* »[435]. La Cour en a déduit l'épuisement du droit de distribution sur l'exemplaire immatériel d'un logiciel à la suite du premier transfert de propriété. Cette solution ne peut toutefois pas être étendue à l'ensemble de l'univers numérique. Il ressort clairement de l'arrêt que cette solution n'est fondée qu'en matière de logiciels[436]. Ce droit est en effet considéré par la CJUE comme relevant d'une *lex specialis* : il permet alors d'écarter l'application *lex generalis*, la directive « InfoSoc », laquelle limite l'épuisement aux objets tangibles[437]. En dehors du cas des logiciels, le droit commun du droit d'auteur a vocation à s'appliquer et l'épuisement du droit sera limité aux exemplaires matériels d'une œuvre. La Cour l'a expressément confirmé dans l'arrêt *Art & Allposters*[438].

---

[432] Sur lequel v. notamment ex. Lucas-Schloetter A., la revente d'occasion de fichiers numériques, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p. 573.

[433] CJUE 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft*, Rec. général.

[434] V. notamment. Lucas-Schloetter A., la revente d'occasion de fichiers numériques, *op. cit.*, p. 575 et s. ; Varet V., De distorsion, le droit (de reproduction) s'est épuisé, Propr. Intell. n°45, 2012, p. 384 ; Gaudrat Ph., obs. sous CJUE 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft*, RTD. com 2012, p. 790 ; Lucas A., obs. sous CJUE 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft*, Propr. Intell. n°46, 2012, p. 333.

[435] CJUE 3 juillet 2012, *UsedSoft*, préc., point 61.

[436] En ce sens, v. notamment Lucas-Schloetter A., la revente d'occasion de fichiers numériques, *op. cit.*, p. 576 ; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 24 ; Benabou V-L, L'épuisement est limité à la distribution de biens tangibles et le transfert d'une œuvre sur un support nouveau est bien un acte de reproduction, vlbenabou.blog, 2015, accessible à : https://vlbenabou.blog/2015/01/22/lepuisement-est-limite-a-la-distribution-de-biens-tangibles-et-le-transfert-dune-oeuvre-sur-un-support-nouveau-est-bien-un-acte-de-reproduction/. Dernier accès le 01/03/2019.

[437] CJUE 3 juillet 2012, *UsedSoft*, préc., points 56 et 60.

[438] CJUE 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters*, Rec. général, point 40.

186. En outre, si l'hypothèse d'une extension de l'épuisement du droit aux transmissions numériques des œuvres est parfois évoquée[439], cela n'aurait que peu de sens en matière d'hyperlien. Le principe de l'épuisement du droit n'a de sens que par rapport à la notion d'exemplaire de l'œuvre[440] puisqu'il s'agit de garantir l'exercice du droit de propriété sur le support de l'œuvre ainsi que de permettre la circulation de ce dernier sur le marché. Or cette logique échappe à la création d'un hyperlien car ce dernier permet la circulation de l'œuvre elle-même et non la circulation du support numérique sur lequel l'œuvre est fixée. Il faut ajouter que l'extension de l'épuisement des droits au-delà du support conduirait à nier le droit de l'auteur sur son œuvre[441]. À ce titre, même si l'épuisement du droit de distribution devait *de lege ferenda* être étendu aux copies numériques d'une œuvre[442], il difficile de percevoir comment l'autorisation implicite pourrait être appréhendée sous cet angle.

Plus généralement, et malgré son intérêt théorique, il nous faut constater que la théorie de l'autorisation implicite de lier ne saurait advenir à défaut de consécration légale.

B. Une théorie inapplicable de *lege lata*

187. La théorie de la licence implicite de lier est incompatible avec le droit positif et ce, pour deux raisons connexes. Premièrement, cette théorie procède à un renversement du principe selon lequel le droit d'auteur est un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute reproduction ou communication de l'œuvre au public (1). La question de l'étendue de l'autorisation implicite est une seconde source de problèmes pour lesquels le droit positif n'est pas en mesure de fournir une solution (2).

1° Un renversement de la logique du droit exclusif

188. Telle qu'elle est conçue, la théorie de l'autorisation implicite ne conteste ni le caractère protégeable de l'œuvre liée, ni l'éventuelle mise en œuvre par l'hyperlien du droit exclusif sur cette œuvre. La théorie de la licence implicite considère simplement que l'utilisation de l'œuvre liée est par principe autorisée,

---

439 Sur cette hypothèse v. Trans Europe Expert, réponse à la consultation de la Commission européenne sur la révision des règles européennes en matière de droit d'auteur, 2014 p. 17. http://www.transeuropexperts.eu/documents/consultation%20réponse%20TEE%203.pdf dernier accès le 01/03/2019 ; Sous un angle critique, v. Lucas-Schloetter A., la revente d'occasion de fichiers numériques, *op. cit.*, p. 573 ; Zolynski C., L'épuisement en ligne, préc.

440 Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit.*, n°281.

441 En ce sens voir par ex. Lucas, A., obs. sous CJUE 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposter*s, Propr. Intell. n°55, 2015, p. 200.

442 Rien ne semble cependant le présager à moyen terme, l'actuelle réforme du droit d'auteur portée par la directive DAMUN ne contenant aucune disposition en ce sens.

sauf si le titulaire de droit l'interdit. Pour reprendre une expression de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Copiepresse*, du point de vue du droit d'auteur cela revient à dire que « *ce qui n'est pas interdit est autorisé* »[443].

189. Or cette approche du droit d'auteur est à rebours de la logique régissant la matière. Le droit d'auteur est en effet conçu comme un droit exclusif, ce qui suppose l'assentiment de l'auteur ou du titulaire de droit préalablement à toute exploitation de l'œuvre. C'est ainsi que la directive « InfoSoc » confère à l'auteur le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre dès la création de cette dernière. Le principe en droit d'auteur est donc, sauf à profiter d'une exception, que « *tout ce qui n'est pas expressément autorisé est interdit* »[444], soit l'exact contraire du système de l'autorisation implicite. Le principe est d'autant plus solidement ancré dans le droit de l'UE que le considérant 9 de la directive « InfoSoc » énonce que l'harmonisation européenne du droit d'auteur et des droits voisins est fondée sur un niveau élevé de protection, ce que la Cour de justice n'a de cesse de rappeler[445].

190. Dans le prolongement de ce qui vient d'être expliqué, nous ferons également remarquer que la logique de l'autorisation implicite revient à conditionner l'exercice du droit d'auteur à l'inclusion du protocole d'exclusion au sein des pages HTML contenant les œuvres[446]. Autrement dit, le droit d'auteur serait soumis à l'accomplissement de formalités de nature technique. Or l'article 5 § 2 de la Convention de Berne, auquel le droit de l'Union doit se conformer depuis l'accord ADPIC et les traités OMPI[447], énonce que l'exercice du droit d'auteur n'est subordonné à aucune formalité[448]. Comme l'écrit le professeur Bernault, il n'est pas concevable, au vu des principes du droit positif du droit européen du droit d'auteur et des droits voisins, de soumettre l'effectivité, voire l'existence du droit exclusif à l'implémentation de mesures techniques[449]. En raison de la révolution qu'elle imposerait à la propriété littéraire et artistique, la théorie de l'autorisation implicite ne peut par conséquent intégrer l'édifice normatif européen sans l'intervention des législateurs. De manière similaire, l'étendue de l'autorisation implicite de

---

443 CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse, préc.

444 Carré S., Vercken G. Google et la fortune du droit d'auteur, préc., p.119.

445 V. pour un exemple récent en matière d'hyperlien : CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général., point 30.

446 En ce sens Lucas A., obs. sous CA Paris, 26 janvier 2011, SAIF c/ Google, Propr. Intell n°39, 2011, p. 203 ; Manara C., Le droit d'auteur contre l'accès mondial à l'information ? préc., p.155 ; Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur, préc., p.119.

447 Pour une application de cet article v. CJUE 15 mars 2012, aff. C-135/10, *Del Corso*, Rec. général, points 37 à 40. Sur les rapports entre le droit international de la propriété littéraire et artistique v. notamment Bergé J-S, Protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle, JCL Droit International, Fasc. 572-115, 2014, n°34 et s. ; Lucas H-J, La Cour de justice européenne respecte-t-elle les conventions internationales sur les droits d'auteur et les droits voisins ?, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p. 555.

448 Lucas A., obs. sous CA Paris, 26 janvier 2011, *SAIF c. Google*, préc.

449 Bernault C., La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur, RLDI, n°15, 2006.

lier soulève nombre de problèmes, qui ne peuvent être résolus *de lege lata*, comme le relève le CSPLA dans son rapport sur le référencement[450].

2° La question de l'étendue de l'autorisation implicite de lier

191. Jusqu'à présent la théorie de l'autorisation de créer un lien a été envisagée sans véritablement discuter de l'étendue de cette autorisation, c'est-à-dire indépendamment du type de liens et des usages du lien. Pourtant, il paraît légitime de se demander si l'autorisation implicite doit concerner tous les types de liens. Au contraire, faudrait-il considérer qu'elle s'adresse uniquement aux liens simples, comme certaines juridictions l'ont suggéré ? Et qu'en est-il des liens *cadres* et des liens *transclusions* qui permettent au lieur de s'interposer entre le contenu lié et l'utilisateur final ?[451] Sont-ils de ce fait conformes à l'esprit de l'autorisation implicite ? Les actes préparatoires à la création de liens opérés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité (le *crawl* du web notamment) devraient-ils également être inclus dans le périmètre de l'autorisation implicite ? Afin d'assurer une mise en œuvre efficace de l'autorisation implicite, ne faudrait-il pas rendre juridiquement contraignant, et donc normaliser les protocoles d'exclusions tels que « *robots.txt* » ou « *no.archiv* » ? Convient-il d'étendre l'autorisation implicite aux liens posés avec une intention lucrative ? Les liens renvoyant vers des œuvres illicites devraient-ils être couverts ?

192. Ces questions témoignent des multiples ajustements possibles quant au périmètre de l'autorisation implicite. Or cet aspect est fondamental pour le droit d'auteur puisque, par symétrie, il fixe le domaine du droit exclusif. Les partisans de cette théorie n'avaient probablement pas imaginé à la fin des années 1990 ces difficultés. La simplicité et la flexibilité de la théorie de l'autorisation implicite justifiaient alors sans doute que certains en prennent la défense ; cette théorie correspondait en tous points à l'esprit du web des origines. *A contrario*, il est impératif de questionner la pertinence de cette théorie aujourd'hui, alors que les usages de l'hyperlien se sont diversifiés et sont rentrés dans la sphère marchande, en particulier sous l'impulsion des moteurs de recherche et des agrégateurs de contenus. Si cette théorie doit avoir pour fonction de simplifier et de clarifier le statut du poseur de liens au regard du droit d'auteur, ce qu'il faut présumer, il n'est pas certain qu'elle soit apte à remplir ce rôle dans un contexte où la création de l'hyperlien est devenue des plus complexes, surtout lorsque l'on sait les contorsions qu'elle imposerait au droit d'auteur.

---

[450] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 24.

[451] Sur ces difficultés, voir les questions déjà soulevées au début des années 2000 par Alain Strowel et Nicolas Ide : Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, préc, p.10.

193. En conséquence, le droit de l'UE n'a pas vocation à accueillir en son sein la théorie l'autorisation implicite de lier. Pour autant, de manière générale, l'hyperlien n'est pas soumis au droit d'auteur ou à un droit voisin. La mise en œuvre de ces droits lors de la pose d'un lien apparaît en effet strictement limitée au regard du régime de l'hyperlien en droit d'auteur.

§ 2. - Une application par exception au regard du régime de l'hyperlien en droit d'auteur

194. Le droit de reproduction et le droit de communication au public sont les deux principales prérogatives patrimoniales que la directive 2001/29/CE reconnaît aux auteurs. C'est à l'aune de ces deux droits que la présentation d'un lien est susceptible d'être appréhendée en droit d'auteur. Par hypothèse, le droit de distribution, inscrit à l'article 4 de la directive précitée, est exclu du champ de l'analyse : ce droit réserve à l'auteur la faculté d'interdire la circulation des supports d'une œuvre ; il ne concerne donc pas l'hyperlien[452].

195. Afin de déterminer quelle liberté l'application du droit d'auteur laisse au poseur de lien, il convient de déterminer si l'affichage de l'hyperlien est susceptible de mettre en œuvre le droit de reproduction ou le droit de communication au public. S'agissant du droit de reproduction, il semble acquis que la pose d'un hyperlien, en tant que telle, ne saurait conduire à la mise jeu de ce droit (A). Toutefois, est incontestablement plus fondamentale pour un juriste la question de savoir si la pose d'un lien constitue un acte d'exploitation au regard du droit de communication. Cette question a depuis longtemps généré de nombreux débats doctrinaux [453] et, plus récemment, un important contentieux devant la CJUE[454]. Ce

---

[452] Sur ce point, v. *supra*, n°192.

[453] Sont symptomatiques à cet égard les positions divergentes de l'ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale) et de l'ECS (European Copyright Society) quant à l'application du droit de communication au public par l'hyperlien dans le cadre de l'affaire Svensson. V. ALAI, 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, 2013, p. 3 ; Bently L. et al., The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, n°6, 2013 ; V. également Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p, n° 479, 481, 561, 587 et s ; Dimeglio A., Le droit du référencement dans l'Internet (outils de recherche, lien hypertexte, balise méta), 2002, Thèse, Montpellier I ; Dimeglio A., Le renvoi à la page Web d'un tiers par une lien hypertexte est-il ou non constitutif d'un acte de contrefaçon, Cahiers Lamy Information, n°144, 1999 ; Varet V., Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, Légipresse, n° 196, 2002, p. 141 ; Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Com.com.électr. étude 21, 2005.

[454] Entre 2013 et 2017, plusieurs décisions marquantes de la CJUE ont ainsi défrayé la chronique dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Les plus importantes, quant à leur implication sur la notion de communication au public, sont sans conteste les arrêts *Svensson*, CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson e.a,* Rec. général. ; et *GS Media*, CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, Rec. général. Il faut également citer l'ordonnance *Bestwater*, CJUE 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater*, Rec. général. ; et bien que concernant plus indirectement l'hyperlien, l'arrêt *Innoweb*, CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb,* Rec. général ; l'arrêt *Filmspeler*, CJUE 26 avril 2017, aff. C-527/15, *Stichtig Brein*, Rec. général ; et l'arrêt *Ziggo*, CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général.

tumulte paraît fort logique : le droit de communication au public de l'article 3 § 1 de la directive « InfoSoc » couvre en effet l'acte de mise à disposition d'une œuvre à un public. En l'absence de définition stricte, et de par sa plasticité, la notion semble propice à saisir la pose d'un hyperlien puisque ce dernier permet d'accéder à une œuvre protégée. C'est d'ailleurs au prisme du droit de communication au public que la Commission européenne a envisagé l'hyperlien lors de la consultation publique préfigurant la réforme de la directive 2001/29[455]. Face à ces incertitudes, il est revenu à la Cour de justice, acteur central de l'harmonisation européenne en droit d'auteur[456], de préciser le régime du lien au titre du droit de communication au public. Il en ressort que la pose d'un hyperlien ne saurait en principe conduire à la mise en œuvre du droit de communication au public (B).

A. L'absence de mise en œuvre du droit de reproduction

196. La directive 2001/29/CE dite « InfoSoc »[457] confère aux auteurs un droit de reproduction couvrant les actes de reproduction des œuvres ou d'autres prestations protégées. Comme en matière de droit des marques, se pose alors la question de savoir si l'hyperlien est susceptible de constituer un acte de reproduction couvert par l'article 2 de la directive « InfoSoc ». Si tel était le cas, l'hyperlien serait alors couvert par le droit de reproduction ; sa création devrait donc être autorisée par le titulaire de droit. Nous envisageons ici le lien dans son expression la plus simple, en tant que commande HTML de type : forme du pointeur du lien . Les liens posés par les moteurs de recherche ou les agrégateurs de contenus seront évoqués à part car ils revêtent une certaine spécificité eu égard à l'application du droit d'auteur. L'hyperlien ici évoqué n'implique en tout cas aucune augmentation

---

[455] Commission européenne, texte de la consultation : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf. Dernier accès le 01/03/2019 ; V. également Benabou V-L ; Zolynski C., Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne, Rec. Dalloz, 2014, p.731, n°6.

[456] Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, Propr. Intell. n°43, avril 2012, p. 147 ; v. aussi *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p, Von Lewinski S., Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public, p.775 ; Walter M. M., Du développement du droit d'auteur européen durant la dernière décennie et du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne, p.785, Zolynski C., L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, p. 813. ; v. aussi, Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 118.

[457] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n° L 178 du 17/07/2000, p.1.

des exemplaires en circulation ou nouvelle fixation[458] de la ressource liée[459]. Le lien en tant que tel ne réalise en effet aucune copie de cette ressource sur les serveurs du site liant. Or à défaut de nouvelle fixation destinée à communiquer indirectement l'œuvre au public, il ne saurait y avoir de mise en jeu du droit de reproduction au sens du droit européen[460].

197. D'aucuns ont toutefois argué que l'hyperlien était susceptible de reproduire un titre soit par le biais de la reproduction de l'URL du contenu lié, soit par le biais du pointeur[461]. Or un titre peut être protégé par le droit d'auteur, la jurisprudence de la CJUE n'imposant aucune condition relative à l'ampleur de l'objet pour lequel la protection est revendiquée[462]. Il suffit que cet objet soit original en ce sens qu'il est une « *création intellectuelle propre à son auteur* »[463]. Dans cette optique, un hyperlien reprenant un titre original pourrait se voir appliquer le droit de reproduction, sauf à bénéficier d'une exception au droit d'auteur. L'exemple suivant peut être donné afin d'illustrer cette approche : un hyperlien tel que https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/11/06/les-gilets-jaunes-nouveaux-bonnets-rouges_5379347_823448.html ou tel que Les gilets jaunes, nouveaux bonnets rouges ? reproduit le titre d'un article de presse en ligne, « les gilets jaunes, nouveaux bonnets rouges ? ». Dans le premier exemple, le titre sera reproduit sur le site du lieur à travers l'adresse URL du site lié figurant dans le lien. Dans le second exemple, outre cette première reproduction par l'URL, s'ajoutera une seconde reproduction du titre dans l'écriture de lien. En effet, lorsque le pointeur est une reprise du titre « Les gilets jaunes, nouveaux bonnets rouges ? », l'hyperlien prendra la forme : Les gilets jaunes, nouveaux bonnets rouges ?). Il y a donc bien une seconde reproduction du titre sur le site du lieur du fait de l'écriture de l'hyperlien. Dès lors, sous réserve que le titre soit original, la pose d'un lien devrait ainsi être autorisée au titre du droit de reproduction sauf à bénéficier d'une exception.

198. Il nous semble cependant que cette approche est erronée. Si l'on considère le premier hyperlien donné dans l'exemple, la reproduction de l'URL ne saurait être assimilée à la reprise du titre. L'URL a en

---

[458] À la suite de l'arrêt *Art & Allposter*, il semble que l'augmentation du nombre d'exemplaires ne soit plus un critère déterminant la mise en jeu du droit de reproduction. Seul compte, dit la Cour, le fait de savoir si l'objet incriminé, apprécié dans son ensemble, est, matériellement le même que celui qui a été mis sur la marché par le titulaire de droit ou avec son consentement : CJUE 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters*, Rec. général, point 46. Cette précision prétorienne est toutefois sans conséquence pour notre analyse, l'hyperlien n'entrainant en aucune façon « une nouvelle fixation » de l'objet protégé.

[459] Sur ce point v. Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p.104, n°8.

[460] V. CJUE 22 janvier 2015, *Art & Allposters,* préc., points 45 et 46. Dans ce passage de l'arrêt, la Cour exige une nouvelle reproduction matérielle.

[461] Varet V., Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, Légipresse, n° 196, 2002, p. 141.

[462] V. CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, Rec. p. I-06569.

[463] *Ibid*.

effet une fonction technique d'identification d'un contenu, ce qui la distingue du titre de ce dernier[464]. En outre, l'URL ne saurait être protégée en tant qu'œuvre originale au prétexte qu'elle contient un titre protégé : la forme de l'URL étant dictée par sa fonction technique d'adressage[465], elle se trouve de fait privée d'originalité au sens du droit européen du droit d'auteur[466]. À défaut d'originalité, l'URL n'est donc pas protégeable même si le titre qui la compose peut l'être.

199. Par ailleurs, lorsque le pointeur de l'hyperlien reprend directement le titre de l'œuvre liée, une approche similaire doit être retenue : malgré la divergence d'écriture du point de vue informatique, il s'agit, au fond, du même hyperlien. Une différence de traitement serait par conséquent injustifiée en ce qui concerne le droit de reproduction, d'autant plus que la reproduction en elle-même n'apparaît pas à l'internaute. Cette reproduction se trouve effectivement sur le code source de la page web[467] et est « dissimulée » par le pointeur[468]. La soumission du pointeur de l'hyperlien au droit de reproduction serait, en outre, une source d'incohérence pour le droit : comme nous le constaterons, ce pointeur n'entre pas dans le champ d'application du droit exclusif au titre du droit de communication au public[469]. Ainsi, l'affichage d'hyperlien en lui-même paraît neutre au regard du droit de reproduction. Pour toutes les raisons évoquées, la pose d'un lien n'implique effectivement aucun acte d'exploitation par reproduction, autrement dit par le biais d'une communication indirecte de l'œuvre[470].

200. La seule véritable reproduction matérielle s'effectue lors de l'activation du lien, sur le terminal de l'internaute, lorsque ce dernier appelle l'œuvre depuis la ressource liée. La question de la licéité de telles reproductions n'est pas spécifique aux seuls hyperliens mais relève de la problématique plus générale du cadre juridique de la consultation de sites internet, quel qu'en soit le moyen d'accès. Néanmoins, nous nous proposons d'en dire quelques mots car la réponse à cette question fut abordée par la CJUE dans l'affaire *Meltwater*[471] qui concernait un service d'agrégation sous forme de liens hypertexte[472]. Pour notre

---

464 En ce sens, En ce sens Sardain F., Liens Hypertextes, JCl Communication, Fasc. 4730, 2009, n°5.

465 Sur l'absence d'originalité d'une forme dictée par la fonction technique d'un objet, v., Bernault C., La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle, Dalloz, 2003, p. 957.

466 CJUE 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, Rec. p. I-13971, points 48 et 49. Dans cet arrêt, CJUE définit l'originalité comme l'expression de la création intellectuelle propre à son auteur, découlant des choix opérés par ce dernier, à l'exclusion des éléments dont l'expression est dictée par leur fonction technique.

467 Sous la forme Les gilets jaunes, nouveaux bonnets rouges ?).

468 Le pointeur aura l'apparence suivante : « Les gilets jaunes, nouveaux bonnets rouges ? »

469 V. *infra*, n°204 et s.

470 En ce sens v. Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p. 104, n°8 ; Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., ; Rapp. FDI, Hyperliens : statut juridique, 3 mars 2003. p. 23.

471 CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Consultant Relations Association*, Rec. général.

472 Marino L., Arrêt Meltwater : du soleil et du surf (sur Internet)", Revue Documentaliste, vol. 51, n° 3, 2014, p. 27.

sujet, il est intéressant de savoir si l'utilisation des liens en aval, après le clic, est licite car la pérennité de l'activité d'agrégation de contenus médias par l'intermédiaire d'hyperliens en dépend. Or dans l'arrêt *Meltwater*, la CJUE a clairement établi que les copies sur écran et les copies en « cache » réalisées par un internaute au cours de la consultation d'un site internet étaient licites. En effet, pour les juges de Luxembourg, si de telles copies constituent bien des reproductions au sens de la directive 2001/29, elles bénéficient cependant de l'exception pour copie provisoire, tout en satisfaisant le « triple test » de l'article 5 § 5[473]. Le droit de reproduction n'est donc pas mis en œuvre, dans le cadre de service d'agrégation d'information, lorsque l'internaute consulte les contenus auxquels il aura accédé après avoir cliqué sur un lien.

Il nous faut à présent envisager l'appréhension de l'hyperlien par le droit de communication au public.

B. L'absence de mise en œuvre du droit de communication au public : un principe pondéré par quelques exceptions

201. L'acte de fourniture d'un hyperlien est-il couvert par le droit exclusif de communication au public prévu à l'article 3 § 1 de la directive « InfoSoc » ? Cette interrogation est incontestablement la plus importante dans le but d'identifier le statut de l'hyperlien en droit d'auteur. La grande majorité des contentieux relatifs à l'hyperlien, tant au sein des États membres qu'au niveau de l'Union, a effectivement prospéré sur le terrain du droit de communication au public. C'est d'ailleurs afin de répondre à cette question que la CJUE a récemment été amenée à préciser le régime de l'hyperlien au regard du droit de communication au public. Ce régime découle d'une série d'arrêts, rendus en deux temps complémentaires, selon la technique de « *la chaîne jurisprudentielle* »[474]. Il en ressort que, en principe, la pose d'un lien est un acte licite, non couvert par le droit de communication au public. En effet, la CJUE a, dans un premier temps, consacré la licéité d'un lien renvoyant vers une œuvre mise librement à disposition du public dans les affaires *Svensson*[475] et *Bestwater*[476] (1). Dans un second temps, la CJUE a établi dans l'affaire *GS Media*[477] l'illicéité par exception du lien pointant une œuvre mise en ligne sans l'autorisation du titulaire de droit (2). Par ailleurs, la portée du régime élaboré par la CJUE pour l'hyperlien dépend également du

---

[473] CJUE 5 juin 2014, Public Consultant Relations Association, préc., point 63.
[474] Bertrand B., Les blocs de jurisprudence, RTD Eur., 2012, p.74, spéc., p. 4.
[475] CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson e. a,* Rec. général.
[476] CJUE 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International*, Rec. général.
[477] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS *Media*, Rec. général.

degré d'harmonisation de la notion de communication au public. Ce point essentiel, traité par la CJUE dans l'arrêt *Svensson*, se révèle favorable à la liberté de lier (3).

1° La licéité d'un lien vers une œuvre mise librement à disposition du public à la suite l'arrêt Svensson

202. Dans le célèbre arrêt *Svensson* du 13 février 2014[478], la CJUE a envisagé, pour la première fois, le régime de l'hyperlien en droit d'auteur à l'aune du droit de communication au public. L'affaire *Svensson* concernait un litige qui opposait, devant une juridiction suédoise, des journalistes du journal *Göteborg-Poste*, à la société *Retriever Sveriege*, un service de « veille média ». La société *Retriever Sveriege*, dans le cadre de son service, fournissait des liens, *a priori* en ayant recours à la technique de la transclusion[479], vers des articles en accès libre du *Göteborg-Poste*. Le journal considérait qu'une telle activité était couverte par le droit de communication au public et supposait donc son autorisation.

203. Ce contexte est particulièrement topique du débat sur le partage de la valeur en ligne : d'une part, certains acteurs commerciaux, tels que les agrégateurs d'actualité, se revendiquent de la liberté de lier pour tirer profit de la « valeur d'attraction » des œuvres[480]. D'autre part, les défenseurs du droit d'auteur considèrent que ce dernier doit permettre « *de tirer parti de la totalité des utilités économiques de l'objet protégé, d'en couvrir tous les mode d'exploitation et d'en réserver tous les marchés* »[481], y compris celui du référencement des œuvres par le biais d'hyperliens.

204. Afin d'être éclairée sur l'issue à donner à ce litige, la juridiction suédoise a posé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE. Il était tout d'abord demandé à la Cour si l'article 3 § 1 de la directive 2001/29 devait être interprété en ce sens que la fourniture d'un hyperlien vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site internet, constituait un acte de communication au public, soumis à autorisation du titulaire des droits. La seconde question concernait le point de savoir si les États membres ont la possibilité de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur, en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition. Si cette question ne paraît pas directement reliée à la question du lien, elle est en vérité déterminante. En effet, dans

---

[478] Sur ce point v., Dormont S., La liberté de créer un lien hypertexte, commentaire de l'arrêt CJUE, 13 février 2014, Svensson c/ Retriever Sverige AB, Propr. Intell., n°52, 2014, p. 234.

[479] V. CJUE 13 février 2014, *Svensson e. a,* préc., points 13, 29 et 30.

[480] *Ibid*.

[481] Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 105.

l'affirmative, les États membres pourraient donner une définition de la notion de communication au public couvrant la pose d'un hyperlien. Cette question sera toutefois traitée à part puisqu'elle ne porte pas sur le fond du régime de l'hyperlien au regard du droit de communication au public.

205. Afin de répondre à la premère question posée, deux options juridiques semblaient s'ouvrir à la CJUE : soit l'hyperlien est un acte de communication au public et est, à ce titre couvert par le droit exclusif, soit il ne l'est pas. Cette alternative correspondait aux positions prises respectivement par l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI)[482] et par la société européenne du droit d'auteur[483] (SED), deux sociétés savantes regroupant des experts du droit d'auteur. La logique de ces positions, qui correspond à une logique « du tout ou rien », a été écartée par la Cour (a). Un retour sur ce point permettra néanmoins de revenir sur la notion de communication au public en droit de l'UE et, ainsi de mieux comprendre comment la CJUE a précisé le régime de l'hyperlien au regard du droit de communication au public. La solution finalement retenue par la CJUE fut une solution intermédiaire, favorable à la liberté de lier. Les juges de Luxembourg ont estimé que la pose d'un lien vers une œuvre librement accessible ne peut être qualifiée de communication au public au sens de la directive 2001/29, à la condition de ne pas communiquer l'œuvre à un nouveau public (b).

a) Les solutions écartées par la CJUE : le rejet de la logique du « tout ou rien »

206. Dans l'arrêt *Svensson*, la CJUE s'est refusée à exclure, en amont, la pose d'un lien du champ du droit exclusif de communication au public. Telle était l'opinion de la SED selon laquelle il convenait de rejeter l'application du droit de communication au public à l'hyperlien (i). À l'opposé, le comité exécutif de l'ALAI défendait l'idée que la pose d'un hyperlien est nécessairement couverte par le droit de communication au public et suppose, à ce titre, l'autorisation des titulaires de droit (ii). Cette position n'a pas non plus été validée par la CJUE.

[482] L'ALAI est une société savante indépendante fondée en 1878 par Victor Hugo destinée à promouvoir la protection du droit d'auteur au niveau international.

[483] La société européenne du droit d'auteur a été fondée en 2012. Elle est une plateforme de réflexion académique sur le droit et la politique européenne du droit d'auteur.

i. L'opinion de la SED : le rejet de l'application à l'hyperlien du droit de communication au public

207. La première question préjudicielle imposait à la Cour de justice de déterminer si la pose d'un hyperlien pouvait être qualifiée de communication au public au sens de l'article 3 § 1 de la directive 2001/29 intitulé « *Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés* ». Ce dernier énonce que :

> « *Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire 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 avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ».

208. La directive ne définissant pas plus précisément les notions de communication au public et de mise à disposition[484], il fallait pour la Cour circonscrire cette disposition au regard tant de sa jurisprudence antérieure, que du contexte et des objectifs dans lesquels s'insère cette disposition[485]. La SED a défendu l'idée que la création d'un hyperlien n'était pas assimilable à un acte de communication au public au sens du droit d'auteur[486]. Afin de rendre compte de cette approche, il faut au préalable étudier les conditions de mise en œuvre du droit de communication au public[487]. Ce dernier requiert la réunion de deux éléments : une communication et un public, conformément à la lettre de l'article 3 §1 de la directive 2001/29[488]. Or, pour la SED, si l'hyperlien facilite certes la communication au public d'une œuvre, puisqu'il permet *in fine* d'en bénéficier, l'acte matériel de communication permettant de conclure à une contrefaçon fait en revanche défaut[489]. Dit autrement, si la fourniture du lien ne constitue pas une communication, « *il y a bien, en revanche, une communication via le lien* »[490]. Il est vrai que l'hyperlien, indépendamment de la technique de liaison employée, ni ne diffuse, ni ne transmet matériellement l'œuvre. Cette œuvre est

---

484 Ainsi que la CJUE le fait d'ailleurs remarquer dans son arrêt *SGAE*. V. CJCE 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE*, Rec. p. I-11519, point 33.

485 Sur cette exigence en général, v. CJCE 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*, Rec. p. 3415, point 20 ; plus spécifiquement en matière de droit d'auteur, v. CJUE 7 mars 2013, aff. C-607/11, *ITV Broadcasting e.a*, Rec. général, points 21 et 22.

486 Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, n°6, 2013.

487 Sur la notion de communication au public dans la jurisprudence de la Cour, v. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016.

488 CJUE 7 mars 2013, *ITV Broadcasting*, préc., points 21 et 31.

489 V. Dimeglio A., Le droit du référencement dans l'internet, 2002, Thèse, Université de Montpellier I, p. 178-179 ; Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson,* pré. ; de manière plus nuancée, v. Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2ème éd., 2012, Dalloz, coll. Précis, 1102 p. n°528.

490 Vivant M., Lamy droit du numérique, étude 1186, Internet, droit d'auteur et droit de représentation : questionnement sur les hyperliens.

simplement « appelée » depuis le site lié qui, lui seul, transmet l'œuvre. Dans cette optique, la SED considérait que certains arrêts de la CJUE en matière de communication au public corroboraient cette analyse. Dans l'arrêt *Football Association Premier League e.a*[491], la Cour de justice a par exemple défini la notion de communication, « *comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés* »[492]. Il semblait donc possible d'interpréter la notion de communication au public au regard de la notion de *transmission*, pour en déduire que la communication exige un acte matériel d'émission de l'œuvre[493].

209. Au soutien de cette approche, La SED invoquait également certaines dispositions du droit d'auteur européen. A ainsi été évoqué le considérant 23 de la directive 2001/29, qui énonce que le droit de communication au public « *couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte* ». La Cour l'a confirmé dans l'arrêt *Circul Globus Bucureşti*[494]. Or, l'hyperlien n'étant pas une transmission, la SED estimait qu'il ne pouvait être assimilé à une communication au public[495]. De même, selon la SED, le droit international du droit d'auteur (la Convention de Berne, le Traité OMPI sur le droit d'auteur et le Traité ADPIC), à la lumière duquel la notion de communication au public doit être interprétée[496], plaidait en faveur d'une telle analyse[497]. Dans la perspective qui était celle de la SED, le lien devait donc être envisagé comme un intermédiaire neutre, en ce sens qu'il ne donnait lieu a aucune communication de l'œuvre et, par voie de conséquence, à aucune exploitation d'un objet couvert par le droit de communication au public[498]. Au plan national, il faut également relever que les juridictions suprêmes allemande et norvégienne s'étaient

---

491 CJUE 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, Football *Association Premier League e.a*, Rec. p. I- 0908. : définissant la notion de communication à l'aune de la notion de transmission.

492 CJUE 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a*, préc., point 193. v. également, CJUE 7 mars 2013, *ITV Broadcasting*, préc. point 22 ; CJUE 27 février 2014, aff. C-351/12, *OSA*, Rec. général. point 25.

493 Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson,* préc., n° 10 : V. également Arezzo E, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What the future for the Internet after Svensson? International Review of Intellectual Property and Competition law, Vol 45, Issue 5, 2014 p. 524 p. 533, sous note 36.

494 CJUE 24 novembre 2011, aff. C-283/10, *Circul Globus Bucureşti*, p. I-12031.

495 Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson*, préc., n°15.

496 V. en particulier CJUE 4 octobre 2011, Football Association Premier League, préc., point 189 : « *Enfin, ledit article 3, paragraphe 1, doit être interprété, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, et en particulier en tenant compte de la convention de Berne et du traité sur le droit d'auteur. En effet, la directive sur le droit d'auteur vise à mettre en œuvre ce traité qui oblige, à son article 1er, paragraphe 4, les parties contractantes à se conformer aux articles 1er à 21 de la convention de Berne. La même obligation est par ailleurs prévue à l'article 9, paragraphe 1, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* ».

497 Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson,* préc., point 16 et s.

498 Comp. Crookes c. Newton, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269 : « Le fait qu'il soit beaucoup plus facile d'accéder au contenu d'un texte par le biais d'hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l'hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu. En outre, le seul fait d'incorporer un hyperlien dans un article ne confère pas à l'auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l'article secondaire auquel il mène. », point 30. (Traduction libre).

refusées à qualifier la fourniture d'un lien respectivement de communication[499] au public et de mise à disposition[500] couverte par le droit d'auteur. D'une manière générale, avant l'arrêt *Svensson*, les juges nationaux étaient peu enclin à sanctionner la fourniture d'un hyperlien sur le terrain du droit de communication au public à défaut d'élément matériel caractérisant la communication[501].

210. Telle était également la thèse défendue par la Commission européenne dans l'affaire *Svensson*[502], puis par la suite par l'avocat général Wathelet dans l'affaire *GS Media*[503]. Pareille solution, aurait eu pour principal avantage de proposer un régime juridique simple pour l'hyperlien : le poseur de liens, quelle que soit la technique de liaison employée, n'a pas à obtenir l'autorisation du titulaire des droits puisque l'hyperlien n'entraîne pas de communication. Pourtant, comme nous le verrons, la CJUE a adopté une solution différente en retenant que la pose d'un lien équivaut à un acte de communication au public. Cette analyse est à rapprocher de la position de l'ALAI.

ii. L'opinion de l'ALAI : l'application à l'hyperlien du droit de communication au public

211. Selon l'avis du comité exécutif de l'ALAI, rendu en 2013, le droit exclusif de « mise à disposition », qui est l'une des composantes du droit de communication au public prévu par la directive 2001/29 couvre la pose d'un lien si :

> *« 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 »*[504].

212. Cette position prend donc le contrepied de celle de la SED. Il est vrai que la position de la SED se fondait principalement sur une interprétation isolée de la notion de communication au public. Or comme l'ALAI le souligne, cela revient à ignorer la seconde partie de l'article 3 § 2 de la directive 2001/29, qui

---

499 BGH, 17 Juillet 2013, *Paperboy*, I ZR, 259/00.

500 Supreme Court of Norway, january 2005, *Napster.no*, 2006IIC 37.

501 Sur ce point, v. Papadaki E., Hyperlinking, making available and copyright infringement : lessons from European national courts, European Journal of Law and Technology, Vol 8, n° 1, 2017, p. 8.

502 CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS *Media*, Rec. général, Conclusion de l'avocat général Melchior Wathelet, 7 avril 2016, point 25 et 51.

503 *Ibid*., point 53 et s.

504 ALAI, Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet, préc., p. 1.

précise que le droit de communication au public inclut l'acte de mise à la disposition des œuvres au public. Le droit de mise à disposition est une incorporation en droit européen l'article 8 du Traité OMPI sur le droit d'auteur. L'objectif de cette insertion était d'adapter le droit d'auteur européen aux nouvelles formes de communication numérique : il s'agissait, en considération des finalités de la protection du droit d'auteur, « *d'englober tous les moyens, actuels ou futurs, par lesquels les œuvres protégées sont rendues accessibles au public* »[505]. L'insertion du droit de mise à disposition dans le droit de communication au public permet ainsi de garantir que ce droit couvre l'accès à des transmissions interactives, effectuées à la demande des consommateurs, et non seulement la transmission en simultané à un public passif[506]. La position de l'ALAI se situe par ailleurs dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE antérieure à l'arrêt *Svensson*. Dans l'arrêt *SGAE*, la Cour avait en effet retenu que l'acte de transmission nécessaire à la mise en jeu du droit de communication au public implique simplement une intervention qui rende l'œuvre accessible au public[507]. Or selon l'ALAI, tel est bien ce que permet l'hyperlien qui pointe vers un contenu protégé : il correspond à un acte de communication au public par mise à disposition en tant qu'il permet l'accès à ce contenu[508].

213. Dans ces conditions, il paraissait tout à fait possible que la Cour qualifie la pose d'un lien d'acte de communication, ce qu'elle fit, conformément aux préconisations de l'ALAI. Encore fallait-il que cette communication soit adressée à un public, seconde condition de la mise en jeu du droit de communication au public. Pour l'ALAI, cela doit être le cas, si le public ciblé par l'hyperlien comprend un nombre important de destinataires potentiels. Cette position s'appuie sur la définition de la notion de public adoptée par la Cour dans sa jurisprudence antérieure à l'affaire *Svensson*[509]. L'appréciation de la CJUE fut cependant tout autre : pour la Cour, un lien vers une œuvre librement accessible ne réalise aucune exploitation à défaut de cibler un nouveau public.

---

505 *Ibid*., p. 5.

506 V. Guides des Traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI, commentaires ss art. 8, p. 210 et s. ; v. aussi ALAI, 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, 2013, p. 3 ; Tsoutsanis A., Why copyright and linking can tango, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9, n° 6, 2014, p. 495, spéc., p. 499 ; Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°307.

507 CJCE 7 décembre 2006, *SGAE*, préc., point 42 et 43.

508 ALAI, Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet, préc., p. 8.

509 *Ibid*., point 38.

b) La solution retenue par la CJUE : une communication au public ne nécessitant pas d'autorisation à défaut de public nouveau

214. Comme rappelé précedemment, la qualification de communication au public suppose la réunion de deux éléments[510] : un acte de communication et un public destinataire de cet acte. Afin de déterminer si l'établissement d'un hyperlien réunit ces deux conditions, la CJUE a déployé un raisonnement surprenant. Elle a d'abord qualifié la pose d'un lien d'acte de communication au public de l'œuvre liée (i), avant de conclure que la communication secondaire de cette œuvre réalisée par l'hyperlien n'est pas couverte par le droit de communication au public. En effet, selon la Cour, un hyperlien qui cible une œuvre librement accessible ne constitue pas une communication au public au sens de l'article 3 §1 de la directive 2001/29, à défaut de communiquer cette œuvre à un nouveau public (ii). Tel n'est pas le cas en revanche d'un lien qui permettrait au public d'accéder à une œuvre qui n'est pas librement accessible, notamment en raison de restrictions d'accès (iii).

i. L'hyperlien comme acte de communication au public

215. Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle dans l'arrêt *Svensson* que l'acte de communication doit être entendu largement[511] : un tel acte est caractérisé dès lors qu'une œuvre est mise à disposition d'un public, de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès, sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité[512]. De manière quelque peu laconique, elle en déduit, que l'hyperlien, en ce qu'il offre aux internautes un accès direct à des œuvres protégées (en l'occurrence des articles de presse en ligne), doit être qualifié de mise à disposition et, par suite, d'acte de communication au sens de l'article 3 § 1 de la directive 2001/29. La Cour ne distingue pas, ici, selon les types de liens. Pour la CJUE, il est également indifférent que l'internaute ait, ou non, cliqué sur le lien pour que l'œuvre lui soit effectivement transmise. Si le raisonnement de la Cour sur ce point peut paraître expéditif et relativement avare de précisions, c'est parce qu'il s'inscrit avant tout dans une approche finaliste de l'acte de communication : l'absence de transmission effective de l'œuvre par le lien n'est pas

[510] CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 16.
[511] *Ibid*., point 17.
[512] *Ibid*., point, 19.

déterminante ; ce qui compte c'est que le lien permet au public de rentrer au contact de l'œuvre et d'en disposer[513].

216. Il restait alors à la Cour à identifier un public d'exploitation visé par le lien. Conformément à sa jurisprudence[514], la Cour rappelle alors que la notion du public « *vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important* »[515]. Elle en déduit que l'ensemble des internautes visés par les hyperliens représente un nombre indéterminé et assez important de personnes et constitue, à ce titre, un public[516]. À la suite de cette analyse, les deux conditions permettant de caractériser l'existence d'un acte de communication au public, soumis au droit exclusif, paraissait constituées.

Cependant, la Cour va compléter son raisonnement en invoquant une seconde exigence propre aux communications secondes : pour que l'hyperlien communique une œuvre au public, le public ciblé doit être un public nouveau.

ii. L'hyperlien préservé par la condition du « nouveau public »

217. Rappelant une jurisprudence qu'elle estime constante, la Cour dit au point 23 de l'arrêt *Svensson* que :

> « *pour relever de la notion de «communication au public», au sens de l'article 3 § 1, de la directive 2001/29, encore faut-il qu'une communication, telle que celle en cause dans l'affaire au principal* [réalisée à partir d'un hyperlien], *visant les mêmes œuvres que la communication initiale et ayant été effectuée sur Internet à l'instar de la communication initiale, donc selon le même mode technique, soit adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public* ».

218. Or selon la CJUE, la pose d'un lien vers un contenu librement accessible sur Internet ne communique pas l'œuvre liée à un public nouveau. En effet, pour la Cour « *le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné* », soit en l'absence de

---

513 Comp. Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, n°11, « *Sans doute le facteur du lien n'émet-il pas le signal porteur des œuvres à destination du public ; mais cette opposition artificielle entre pull and push n'a pas lieu d'être reçu en droit français, pas plus, d'ailleurs, qu'il ne l'est dans les instruments internationaux* ».

514 CJCE 7 décembre 2006, préc., points 37 et 38 ; CJUE 7 mars 2013, *ITV Broadcasting*, préc., point 38.

515 CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 21 ; sur les origines et l'appréciation détaillée de ces critères v. CJUE 15 mars 2012, aff. C-135/10, *Del Corso*, Rec. général.

516 CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 22.

mesure restreignant l'accès aux œuvres, l'ensemble des internautes[517]. Autrement dit, en constituant un seul et même public au regard d'une œuvre en libre accès, le public des internautes ciblé par le lien a forcément été pris en compte par les titulaires de droit lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale. Dans ces conditions, point d'acte de communication au public, donc[518].

219. D'aucuns avaient d'ailleurs déjà défendu cette approche, bien que dans des proportions variées. Au début des années 2000, le Forum des Droits sur Internet (FDI) considérait déjà que l'établissement d'un lien, peu important la technique utilisée (frame, transclusion), ne supposait aucune autorisation du titulaire de droits à défaut de pointer vers un public nouveau. Plus récemment, telle était également l'option « infiniment subsidiaire »[519] que la SED avait soutenu[520]. Pour d'autres, il fallait distinguer selon que le poseur de liens agit, ou non, comme un exploitant indépendant du site cible. Cette option impliquait alors une approche différenciée, en fonction des types de liens, selon que ces derniers masquent, ou non, l'origine de l'emprunt[521]. La Cour, sensible à la première approche, a jugé qu'il était indifférent que le lien donne l'impression que l'œuvre soit montrée depuis le site cible où se trouve le lien alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site[522]. Il est vrai que, au regard de la condition du nouveau public, la technique de liaison mise en œuvre importe peu : qu'il s'agisse du lien simple, d'un lien profond, d'un lien transclusion ou d'un lien automatique, tous visent un public déjà pris en compte par le titulaire de droit dès lors que les œuvres pointées sont librement accessibles[523]. La Cour l'a clairement confirmé dans l'ordonnance *Bestwater*[524]. Elle a jugé que l'insertion d'une œuvre protégée, librement disponible sur un site, sur un autre site internet au moyen d'un lien « cadre », s'inscrivait pleinement dans la solution établie dans l'*arrêt Svensson*[525].

220. Il nous faut par ailleurs préciser que cette conception unitaire du public de l'Internet, qui est celle de la Cour dans l'arrêt *Svensson*, ne semble désormais valoir qu'en matière d'hyperlien. La Cour s'est

---

[517] *Ibid*., point 25.

[518] *Ibid*., point 27.

[519] Benabou V-L., Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, 2014, Juriscom.net.

[520] Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 *Svensson,* préc, n° 46 et s.

[521] Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, préc., n°24.

[522] CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 29.

[523] En ce sens, v. Dubois L., Gaullier F., « L'ordonnance Bestwater International » de la CJUE : la meilleure eau n'étanche pas la soif, RLDI, n°110, 2014.

[524] CJUE 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International*, Rec. général.

[525] *Ibid*., point 19. Notons que la Cour procède ici par ordonnance en vertu de l'article 99 de son règlement de procédure. Cette faculté lui est offerte lorsque la question préjudicielle qui lui est posée peut-être clairement déduite de la jurisprudence antérieure, ce qu'elle estime être le cas en l'espèce. Il faut en déduire qu'à l'issue de cette ordonnance, le statut du lien vers une œuvre librement accessible est définitivement ancré sur un principe de liberté.

écartée de cette approche dans l'arrêt *Renckhoff*[526]. Dans ce dernier, la CJUE a jugé que la personne qui met en ligne, sans l'autorisation du titulaire de droit, une œuvre préalablement et licitement communiquée sur un autre site, réalise une communication au public. En effet, la Cour estime que cette communication seconde s'adresse à un nouveau public puisque :

> « *le public qui a été pris en compte par le titulaire du droit d'auteur lorsqu'il a autorisé la communication de son œuvre sur le site Internet sur lequel celle-ci a été initialement publiée est constitué des seuls utilisateurs dudit site, et non des utilisateurs du site Internet sur lequel l'œuvre a ultérieurement été mise en ligne sans l'autorisation dudit titulaire, ou des autres internautes* »[527].

221. En dehors du cas des hyperliens, il semble donc qu'une communication seconde réalisée sur Internet doive être appréhendée comme une communication au public, distincte de la communication initiale. Elle suppose, par conséquent, l'autorisation du titulaire de droit[528]. Au regard des précisions apportées par l'arrêt *Renckhoff*, il semble donc que le régime de l'hyperlien en droit d'auteur soit un régime spécifique.

222. Au regard de l'arrêt *Svensson*, la licéité du lien n'est cependant pas sans limite : le raisonnement de la Cour postule effectivement que l'hyperlien pointant vers une œuvre qui n'est pas en libre accès communique cette œuvre à un public nouveau. Pour la Cour, cela est le cas lorsque le site vers lequel le lien renvoie a mis en place des restrictions d'accès.

iii. L'hyperlien contournant des mesures de restriction : le retour du droit exclusif

223. Selon la CJUE, « *dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés* »[529], l'établissement du lien correspond à un acte de communication au public qui suppose l'autorisation des titulaires de droit. Cette limite est intrinsèque au raisonnement global de la Cour : à partir du moment où le titulaire de droit a restreint l'accès à l'œuvre, le public qu'il a pris en compte lors de la communication initiale n'est pas l'ensemble des

---

[526] CJUE 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff*, Rec. général.

[527] *Ibid*., point 35.

[528] Sur ce point, v. notamment Benabou V-L., Droit de communication au public sur Internet : un public ou des publics ? Légipresse, n°364, 2018.

[529] CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 31.

internautes. Dès lors un hyperlien qui outrepasserait des restrictions d'accès toucherait nécessairement un public nouveau et constituerait, à ce titre, un acte de communication[530]. Reste alors à déterminer à quoi correspondent « ces mesures de restriction »[531], ce que la Cour n'a pas précisé dans l'arrêt *Svensson*.

224. Doit-il s'agir de mesures techniques de protection au sens de l'article 6 de la directive 2001/29 ? Des dispositions contractuelles interdisant la pose d'un lien seraient-elles suffisantes ? Dans la pratique la chose est importante puisque si ces mesures sont contournées, la pose de l'hyperlien sera qualifiée de communication au public. Nous serions enclin à penser avec le professeur Lucas[532], qu'il doit s'agir de mesures techniques restreignant la pose de liens externes et non simplement de restrictions contractuelles[533]. La formulation employée par la Cour *i.e.* « *le contournement de mesures de restriction* », fait inévitablement penser à la protection contre le contournement des mesures techniques de protection des œuvres prévues par la directive 2001/29 en son article 6. L'expression « mesures de restriction » paraît néanmoins assez large pour englober tous types de dispositifs, même assez peu élaborés sur le plan technique, tels les *paywall*[534], les formulaires d'inscription, les archives payantes ou les protocoles d'exclusion de type *robot.txt* etc. Ce qui est certain, quoi qu'il en soit, est que cette limite est opposable au lien en cache, souvent fourni pas les moteurs de recherche, et qui permettent d'accéder à une copie d'une ressource qui est en libre accès sur le site d'origine[535].

225. L'arrêt *Svensson* peut sembler complexe, voire quelque peu obscur, notamment au regard des multiples critères déployés par la CJUE. L'intention qui anime la Cour est toutefois compréhensible : d'une part, le critère du « public nouveau » permet d'ériger la liberté de lier en principe au regard du droit d'auteur. D'autre part, en qualifiant l'hyperlien de communication au public, la Cour se ménage une marge de manœuvre pour sanctionner la pose d'un lien vers des contenus qui ne seraient pas librement accessibles. Ce raisonnement aboutit à un résultat conceptuellement proche de la théorie de l'autorisation

---

530 CJUE 21 octobre 2014, *Bestwater International*, préc., point 31.

531 Sur ce point v. Savola P., EU Copyright Liability for Internet Linking, JIPITEC, Vol. 8, n°2,2017, p.139, n°60.

532 CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson*, préc, point 31 : le fait que la Cour évoque le contournement de mesures de restrictions fait inévitablement penser à la protection contre le contournement des mesures techniques de protection des œuvres prévues par la directive 2001/29 en son article 6.

533 V. cependant, Benabou V-L., Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, préc.

534 En ce sens, Vercken G., Référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle, in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 162. En ce sens CJUE 26 mars 2015, aff. C-279/13, *C More Entertainment*, Rec. général. Dans cette affaire, le Högsta Domstolen, juridiction suédoise avait posé une série de questions préjudicielles dont l'une demandait si le fait de poser un lien contournant un système de péage en ligne devait être qualifié de communication au public. La juridiction suédoise retira sa question après que la Cour lui ait fait remarqué que la question avait été clairement tranchée dans l'arrêt *Svensson* intervenu entre temps : dans l'hypothèse soulevée en l'espèce, il ne faisait aucun doute qu'un tel lien constituait une communication au public.

535 CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 31.

implicite de lier[536], qui renvoie à l'idée selon laquelle toute personne ayant publié un contenu en ligne, sans restriction d'accès, est réputée avoir implicitement autorisé les tiers à créer des liens vers ce contenu. La Cour s'inscrit ainsi dans une approche sociologiquement respectueuse de l'Internet, tout en préservant la possibilité de sanctionner les liens ciblant des œuvres que les titulaires de droit n'auraient pas souhaité libre d'accès conformément au us et coutumes du cyberespace.

226. Au final, il convient de retenir que l'arrêt *Svensson*, complété par l'ordonnance *Bestwater*, va pleinement dans le sens de la liberté de lier, à la condition que le lien renvoie vers une œuvre librement accessible. Cet arrêt est au commencement de ce qu'un auteur théorise comme une chaîne ou un bloc de jurisprudence. Il s'agit d'« *une série d'arrêts qui se complètent mutuellement* » et au cours desquels « *le juge prend position de manière progressive* », sans qu'un arrêt de principe ne fixe *hic et nunc* une solution[537].

C'est donc dans un second temps, au cours l'arrêt *GS Media*, que la Cour va compléter la construction du régime de l'hyperlien en droit d'auteur, en traitant de la question d'un lien ciblant un contenu mis en ligne illicitement.

2° L'illicéité strictement conditionnée d'un lien vers une œuvre illicite

227. À l'occasion de l'arrêt *GS Media*, la Cour a précisé le statut du lien vers une œuvre mise en ligne sans l'autorisation du titulaire de droits. Le statut d'un tel lien augurait d'une lecture *a contrario* de l'arrêt *Svensson*, un lien vers une ressource illicite devant *a priori* constituer une communication à un public nouveau. Les juges de Luxembourg ont souhaité pondérer cette approche afin de préserver la liberté d'expression sur Internet (a). L'équilibre trouvé par la CJUE est alors le suivant : un lien vers une œuvre illicitement mise en ligne ne constitue une communication au public que si le poseur de liens avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, de cette illicéité (b).

a) Le refus de consacrer l'illicéité du lien renvoyant vers une œuvre illicite

228. Dans l'arrêt *GS Media*, la CJUE a refusé de consacrer l'illicéité d'un lien renvoyant vers une œuvre illicite. Ce refus est pourtant à rebours du critère du public nouveau sur la base duquel la solution

[536] Arezzo E, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What the future for the Internet after Svensson ? préc., p.18.
[537] Bertrand B., Les blocs de jurisprudence, préc., p. 4.

de la Cour était fondée dans l'arrêt *Svensson* (i). La Cour a opéré selon une autre approche en se plaçant sur le terrain des droits fondamentaux : la protection de la liberté d'expression et d'information imposait de tempérer l'application du critère du public nouveau aux hyperliens pointant des œuvres illicites (ii).

i. Un refus à rebours du critère du « nouveau public »

229. Tout comme pour l'arrêt *Svensson*, un exposé du contexte de l'espèce s'avère indispensable : le raisonnement de la CJUE est dense et le détail des faits permettra de mieux le comprendre. L'arrêt *GS Media* prend sa source dans un litige qui opposait la société G*S Media* à la société *Sanoma Media*. Le site Internet *Geenstijl*, exploité par *GS Media*, avait en effet publié un article incorporant des liens hypertextes vers des photographies d'une présentatrice de la télévision néerlandaise, qui posait nue pour le magazine *Playboy*. Ce magazine édité par *Sanoma* était cessionnaire des droits sur lesdites photographies. Ces dernières avaient été mises en ligne, sans autorisation de *Sanoma*, sur le site d'hébergement *Filefactory.com*. Par la suite, la société *GS Media* ignora les différentes sollicitations de la société *Sanoma* visant à faire déréférencer l'hyperlien litigieux. Elle alla même jusqu'à poser de nouveaux liens, vers un autre site d'hébergement, après que le site *Filefactory.com* ait supprimé les photographies. Face à l'outrecuidance de *GS Media*, la société *Sanoma* décida de porter le litige devant les juridictions bataves. La Cour suprême des Pays-Bas finit par poser une question préjudicielle en interprétation qui demandait, en substance : « *si, et dans quelles circonstances éventuelles, le fait de placer, sur un site Internet, un lien hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public »* »[538].

230. Afin de répondre à cette question la CJUE va tout d'abord reprendre le cheminement qui fut le sien dans l'arrêt *Svensson* tout en y apportant quelques précisions. Ce faisant, elle s'écarte des propositions de l'Avocat Général Wathelet qui, dans ses conclusions, invitait la Cour à revenir sur la méthode employée dans l'arrêt *Svensson*. Il estimait que l'hyperlien, quelle que soit la technique de liaison, ne réalise jamais une mise à disposition d'une œuvre au sens de l'article 3 de la directive 2001/29. Selon lui, le poseur de lien ne joue pas un rôle incontournable et indispensable pour permettre l'accès à l'œuvre alors que ce rôle serait un critère de qualification de l'acte de communication établi par la Cour depuis l'arrêt *Football Association Premier league*[539]. Dans cette optique, le lien ne serait en effet jamais un acte indispensable

[538] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 25.

[539] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, 7 avril 2016, points 56 et 57.

ou incontournable à la jouissance d'une œuvre puisque celle-ci est déjà présente sur Internet[540]. L'approche était audacieuse et proposait finalement un revirement de jurisprudence très favorable à la liberté de lier.

231. La Cour écarte cependant cette option, tout comme celle émise à titre subsidiaire par l'avocat général et qui consistait à estimer qu'un lien vers une ressource librement accessible est toujours valide à défaut de nouveau public, la source fut-elle illicite[541]. La Cour souligne en effet qu'il lui revient de composer un équilibre soucieux des différents intérêts en conflit en vertu des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29[542]. Or les propositions de l'avocat général n'allaient pas en ce sens puisqu'elles conduisaient à écarter purement et simplement l'application du droit d'auteur.

232. Dans l'arrêt *GS Media*, la Cour débute par une analyse classique de la notion de communication au public, dans la droite ligne de l'arrêt *Svensson*. Elle rappelle qu'un acte de communication au public suppose la réunion d'un acte de communication et d'un public auquel cet acte est destiné[543]. Puis, se démarquant de l'arrêt *Svensson*, la Cour se réfère à une méthode de qualification élaborée au fil de sa jurisprudence[544] et dont la synthèse fut opérée dans l'arrêt *Reha Training*[545]. Selon cette méthode, la qualification d'un acte de communication au public doit faire l'objet d'une appréciation individualisée en tenant compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonomes et interdépendants les uns par rapport aux autres[546]. Ces critères sont le rôle incontournable joué par l'utilisateur de l'œuvre (ici le créateur de liens) et le caractère délibéré de son intervention, le public compris comme un nombre indéterminé et assez important de personnes et, en cas de communication seconde, une communication selon un mode technique spécifique ou, à défaut, à un nouveau public[547]. Enfin, la Cour relève que n'est pas dénué de pertinence le caractère lucratif de l'acte en cause[548]. L'emploi de cette méthode de la « *combinatoire molle* »[549], si elle n'est pas discordante avec l'arrêt *Reha training*, peut paraître déroutante. De fait, elle tranche avec la méthode de qualification de l'acte d'établissement d'un lien qui fut celui de la Cour dans l'arrêt *Svensson*. On en comprendra néanmoins l'utilité au terme du raisonnement de la Cour.

---

[540] *Ibid*., point 60.
[541] *Ibid*., point 69.
[542] CJUE 8 septembre 2016, *GS Media*, préc., point 31.
[543] *Ibid*., point 32.
[544] V. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016.
[545] CJUE 31 mai 2016, aff. C-117/15, *Reha training*, Rec. général.
[546] *Ibid*., points 35.
[547] Pour une analyse détaillée de ces critères v. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, préc.
[548] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, points 35 à 38.
[549] Benabou V-L Droit de communication au public : harmonie, vous avez dit harmonie ?, Dalloz IP/IT, 2016, p. 424.

233. C'est donc à la lumière de cette méthode que la Cour va s'employer à déterminer si la pose d'un lien vers une source illicite relève de la notion de communication au public. La Cour commence par rappeler le rôle déterminant du critère « du nouveau public » afin d'évaluer la licéité d'un hyperlien au regard du droit de communication au public : dans l'arrêt *Svensson*, les liens vers des œuvres librement accessibles étaient licites parce qu'ils ne communiquaient pas ces œuvres à un public nouveau, c'est-à-dire à un public non pris en compte par le titulaire de droits lors de la mise en ligne de l'œuvre. La Cour souligne ensuite explicitement que la condition du « nouveau public » n'est satisfaite que si le titulaire de droit a autorisé la première communication de l'œuvre en libre accès. Dans cette hypothèse, il est vrai, le public visé est bien l'ensemble des internautes, soit le même public que celui visé par le lien. *A contrario*, nous dit logiquement la Cour, cela ne saurait être le cas lorsque le titulaire de droit n'a pas donné son consentement à la communication initiale[550] : à défaut de consentement, le titulaire de droits n'a pas pu prendre en compte le public ciblé par le lien. En conséquence, un tel lien communique nécessairement l'œuvre à un public nouveau[551].

234. Une solution *a contrario* de l'arrêt *Svensson* semblait donc s'imposer : un lien vers une œuvre mise en ligne sans l'autorisation des titulaires de droits est une communication au public non autorisée de cette œuvre et est, à ce titre, attentatoire au droit de communication au public[552]. Pareille issue aurait cependant eu des effets redoutables sur la liberté de lier, y compris sur les hyperliens autorisés par l'arrêt *Svensson*. Sans aucun doute consciente de ce paradoxe, la Cour a choisi une voie médiane : elle a relativisé l'importance du critère du « nouveau public » en fondant également sa décision sur le droit fondamental à la libre expression.

---

[550] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, préc., point 41.

[551] *Ibid*., point 43.

[552] À suivre le raisonnement de la Cour, on pourrait estimer qu'un lien vers une œuvre mise en ligne dans le cadre d'une exception au droit d'auteur prévue par l'article 5 de la directive 2001/29 est également susceptible d'être qualifié de communication au public. Un tel lien renverrait en effet vers une œuvre mise en ligne sans l'autorisation du titulaire de droit. Il semble néanmoins que la logique précise de la condition du « public nouveau » impose d'écarter cette possibilité. Selon nous, il faut admettre que le public touché par la communication de l'œuvre ou de l'une de ses parties, du fait de l'exception, est pris en compte par le titulaire de droit, puisque cela fait partie des cas où l'œuvre peut être licitement communiquée. Un lien ciblant une œuvre utilisée dans le cadre d'une exception ne pourrait donc pas communiquer l'œuvre à un public nouveau. Il reste que la condition du mode technique spécifique pourrait jouer dans le cas où la communication première n'a pas été effectuée sur Internet... une question préjudicielle en puissance.

ii. Un refus motivé par la spécificité de l'hyperlien au regard de la liberté et d'information

235. La protection de la liberté d'expression et d'information est au cœur du raisonnement de la CJUE dans l'arrêt *GS Media*. Au point 44 de l'arrêt, la CJUE évoque l'argument soulevé par la Commission européenne et certains États membres, selon lequel le fait de qualifier automatiquement de communication au public les liens vers des œuvres illicitement mises en ligne aurait des conséquences restrictives sur la liberté d'expression. À ce titre, cette solution ne respecterait pas l'objectif fixé par la directive 2001/29 d'un équilibre entre cette liberté et la protection du droit d'auteur[553]. Il est relativement aisé de comprendre en quoi le fait de qualifier automatiquement les liens vers des œuvres illicitement mises en ligne peut affecter de manière négative la liberté d'expression. Afin d'éviter tout risque de contrefaçon, la raison aurait imposé à tout poseur de liens pointant une œuvre librement accessible de vérifier au préalable que cette œuvre a bien été mise en ligne avec l'autorisation du titulaire de droits. Or comme l'explique le professeur Benabou, une telle démarche aurait été « *totalement hors de proportion avec la pose d'un lien dans la plupart des cas* »[554], en raison du coût représenté par la détermination de la chaîne des droits sur l'œuvre liée. Telle est aussi la conclusion à laquelle la CJUE parvient lorsqu'elle estime que la vérification de l'illicéité du contenu pointé peut s'avérer « *d'autant plus difficile lorsque ces droits ont fait l'objet de sous-licences* »[555]. De telles vérifications seraient en outre totalement incompatibles avec certaines activités telles que celles menées par les moteurs de recherche. À ce stade, c'est donc l'existence même de la liberté de lier qui était en porte-à-faux. La Cour relève à cet égard que :

> « *Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations* »[556].

236. La liberté d'expression et d'information pouvait déjà sembler sous-jacente au raisonnement la Cour dans l'arrêt *Svensson* car, si le « *débat juridique était interne au droit d'auteur* »[557], la solution

---

[553] *Ibid*., point 44.

[554] Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, verckengaullier.com, 2016, accessible à http://www.verckengaullier.com/media/upload/gv-20161015-blog-gsmedia-vlb.pdf, dernière accès le 13/12/2018.

[555] CJUE 8 septembre 2016, *GS Media*, préc., point 46.

[556] *Ibid*., point 45.

[557] Dormont S., L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin..., Com.com.électr. n°2, étude 4, 2017.

élaborée collait pourtant parfaitement avec la protection de ce droit fondamental sur Internet[558]. Il est néanmoins remarquable qu'elle soit ici explicitement, et pour la première fois, invoquée par la CJUE[559]. La spécificité de l'hyperlien au regard de la liberté d'expression et d'information a depuis été réaffirmée par la CJUE dans l'affaire *Renckhoff*[560]. Le droit fondamental à la liberté d'expression et d'information implique donc, selon la Cour, qu'un hyperlien conduisant vers une œuvre illicite ne soit pas automatiquement qualifié de communication au public, en dépit du fait que ce lien cible un public nouveau.

237. Il faut néanmoins regretter que la Cour n'ait pas été plus prolixe quant au rattachement de l'hyperlien à cette liberté. L'emploi par la Cour du considérant 31 pour placer la liberté d'expression en contrepoids du droit d'auteur pose également question. Ce considérant évoque bien l'objectif d'un juste équilibre entre la protection des droits d'auteur et les intérêts des utilisateurs mais il le fait en introduction au système des exceptions au droit d'auteur. Ne faut-il pas alors comprendre que l'intérêt des utilisateurs, dont la liberté d'expression est partie intégrante, est déjà pris en compte par des équilibres internes au système du droit d'auteur dont les exceptions sont la manifestation la plus nette[561] ? Le système des exceptions composerait en effet un espace de liberté suffisant pour les utilisateurs, sans que la liberté d'expression n'ait vocation à intervenir de l'extérieur, comme principe général de limitation du droit exclusif[562]. La limitation du droit d'auteur par le recours aux droits fondamentaux est toutefois loin d'être inédite dans la jurisprudence de la CJUE. La Cour fait usage de cette méthode d'interprétation chaque fois qu'elle ne dispose plus d'une solution interne au droit d'auteur, qui lui permettrait de mettre en balance la protection du droit d'auteur avec celle d'autres droits fondamentaux[563].

Afin d'aboutir à une telle mise en balance lorsque l'hyperlien pointe une œuvre illicite, la Cour a opté pour une solution pragmatique en érigeant un nouveau critère de qualification : la connaissance par le poseur de liens de l'illicéité de la source ciblée.

---

[558] La CEDH a récemment récemment précisé le statut de l'hyperlien à l'aune de la liberté d'expression dans la lignée de la CJUE : CEDH, 4 décembre 2018, n°11267/16, Magyar Jeti Zrt c. Hongrie, spéc., points 73 à 76.

[559] En ce sens, Sirinelli P., Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE, Dalloz IP/IT, 2016, p. 543.

[560] CJUE 7 août 2018, *Renckhoff*, préc., points 39 et 40.

[561] V. En ce sens, Dormont S., L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin... Com.com.électr. n°2, étude 4, 2017. ; Lucas A., Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., p. 42.

[562] *Ibid*.

[563] V. notamment CJUE 24 novembre 2011, aff. C-70/10 *Scarlet Extended,* Rec. général, p. I-11959 ; CJUE 6 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM*, Rec. général.

b) L'illicéité par exception du lien posé en connaissance du caractère illicite de l'œuvre liée

238. Pour opérer un équilibre entre la protection du droit d'auteur et la liberté d'expression lors de la pose d'un lien vers une œuvre illicite, la Cour reprend la méthode de l'appréciation individualisée évoquée plus haut. À cet égard, la Cour estime que pour apprécier l'existence ou non d'une communication au public, il convient, lorsque le placement du lien vers une source illicite est réalisé par une personne qui ne poursuit pas un but lucratif, de tenir de compte, « *de la circonstance que cette personne ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur* »[564]. La Cour estime effectivement que, dans cette situation, cette personne « *n'intervient pas, en règle générale, en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet* »[565]. À ce titre, cette personne ne satisfait pas le critère de « *l'intervention délibérée de l'utilisateur de l'œuvre, en pleine connaissance de son comportement* », érigé par la Cour pour caractériser l'existence d'un acte de communication. Il en résulte qu'un lien vers une ressource illicite ne réalise pas, en principe, une communication au public car, la CJUE estime que, « *en règle générale* »[566], le poseur de lien est supposé ignorer cette illicéité. Sous cette condition de « l'ignorance de l'illicéité » de la ressource liée, la pose d'un tel lien est par conséquent libre.

239. Par exception, cette liberté cesse logiquement lorsque qu'il est établi que la personne, « *savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur* »[567]. Il est cependant regrettable que la CJUE n'ait pas précisé la forme que cette notification devra prendre, au moins dans ses grands principes. À défaut, l'harmonisation du régime de l'hyperlien vers une œuvre illicites demeure incomplète et la sécurité juridique en pâtit. Nous supposerons néanmoins que la notification devra au minimum indiquer les éléments indispensables au déréférencement : l'identification du titulaire de droits, le ou les liens concernés et, enfin, l'œuvre illicite ainsi que sa localisation.

240. En outre, la connaissance de l'illicéité sera présumée lorsque le lien aura été posé dans un but lucratif. La Cour estime, en effet, que lorsque le placement du lien est effectué dans un but lucratif, il peut être exigé du lieur qu'il vérifie la licéité ou non de l'œuvre à laquelle il entend renvoyer[568]. La Cour en

---

564 Comp. CJUE 8 septembre 2016, *GS Media*, préc., point 47.
565 *Ibid*., 48.
566 *Ibid*.
567 *Ibid*., point 49.
568 *Ibid*.

déduit que l'intention lucrative permet de présumer la connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée, tout en indiquant que cette présomption simple peut être renversée[569]. Si tel ne peut être le cas, il est donc acquis que le poseur de liens intervient en pleine connaissance de son comportement et communique bien l'œuvre à un public nouveau, non pris en compte par le titulaire de droits. Un tel lien constitue par conséquent une communication au public qui requiert l'autorisation des titulaires de droits, ce qui était le cas dans l'affaire *GS Media*[570]. La CJUE semble ainsi opérer en creux une distinction selon que le lien est posé par un non professionnel et par un professionnel, dont il pourra être attendu des diligences plus importantes[571]. Il est par ailleurs possible d'opérer un rapprochement avec le régime du lien dans le domaine du droit des marques, la mise en jeu du droit de marque requérant nécessairement un usage dans la vie des affaires.

241. Il reste qu'à l'issue de la jurisprudence *GS Media*, l'intention lucrative, qui devient un élément important de l'appréciation de l'existence d'une communication au public en matière d'hyperlien, n'est pas clairement définie. À cet égard, plusieurs interprétations s'offrent à l'exégète : soit l'intention lucrative peut se déduire du fait que l'accès à l'hyperlien est permis en échange d'un paiement, soit elle peut découler, de façon plus large, du contexte marchand dans lequel le lien est posé[572]. Les fermes de liens pointant des contenus illicites et dont la consultation est monétisée par l'intermédiaire de la publicité sont un bon exemple de ce deuxième cas de figure[573].

242. Deux arrêts récents de la CJUE, les arrêts *Stichting Brein* et *Ziggo*, apportent quelques éléments quant au point de savoir ce que revêt la notion d'intention lucrative en matière d'hyperlien : chacun des arrêts va respectivement dans le sens de l'une et de l'autre des approches de l'intention lucrative. Dans le premier de ces arrêts, qui concernait la vente d'un lecteur multimédia contenant des hyperliens vers des sources illicites, la Cour a en effet déduit l'intention lucrative du fait que ce lecteur était fourni contre paiement[574]. Dans le second arrêt, qui concernait la plateforme *The Pirate Bay*, la Cour est allée plus loin :

---

[569] *Ibid*., point 51.

[570] *Ibid*., point 54.

[571] En ce sens Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016, p. 604, spéc., p. 607.

[572] Rosati E., GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, Common Market Law Review, Issue 4, Vol. 54, 2017, p.1237.

[573] Dans le cas de certains services, l'intention lucrative peut être extrêmement difficile à déterminer. Le cas de *Google News*, que nous avons déjà évoqué, est à cet égard exemplaire. En effet, ce service en libre accès de la société *Google* fournit un service d'agrégation d'actualité sous forme de liens, généralement vers des articles de presse. Aucune publicité n'est présente sur le service si bien que l'on pourrait considérer qu'il n'y pas d'intention lucrative de la part du poseur de lien. D'un autre côté, on pourrait estimer que l'exploitation des données personnelles des utilisateurs du service dissimule bien une intention lucrative, au sens du « lucre » *i.e.* le fait de tirer profit d'une activité. Le bénéfice se situe cependant très en aval du lien. Un cran plus loin, il est possible de considérer que la connaissance incrémentale du web, acquise par le moteur de recherche lors de l'exploitation de Google News, contribue aux profits réalisés sur d'autres services offerts par Google. Elle serait, à cet égard, indirectement lucrative.

[574] CJUE 26 avril 2017, aff. C-527/15, *Stichting Brein,* Rec. général, point 51.

elle a élargi son interprétation en estimant que la motivation pécuniaire pouvait se déduire de l'existence d'une activité économique – en l'occurrence la fourniture d'espace publicitaire – dont les hyperliens étaient le principal support[575]. La seconde approche, plus cohérente au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour sur la notion de « but lucratif »[576], nous paraît toutefois devoir être privilégiée. Dans les arrêts *SGAE* et *Football Association Premier League*, la Cour avait effectivement reconnu l'existence d'un but lucratif à partir du moment où l'utilisateur d'une œuvre protégée retire de la communication de cette dernière un certain bénéfice de nature à rendre plus attractifs les services qu'il propose à ses clients[577]. C'est la conception étendue de la notion d' « intention lucrative » qui devrait donc prévaloir à l'avenir.

Le champ de l'harmonisation du régime du lien au regard du droit de communication au public doit désormais retenir notre attention puisque l'effectivité de la liberté de lier au sein de l'espace européen en dépend.

3° Une harmonisation européenne du droit de communication au public favorable à la liberté de lier

243. Au niveau de l'Union européenne, l'effectivité du régime de liberté élaboré par la CJUE pour l'hyperlien dépend également du degré d'harmonisation de la notion de communication au public. Il s'agissait d'ailleurs de l'objet de la dernière question préjudicielle posée à la Cour dans l'arrêt *Svensson*. La juridiction nationale à l'origine de la question cherchait à savoir si le droit national pouvait retenir une conception plus large que le droit de l'UE du droit exclusif de l'auteur, de sorte à y inclure la pose d'un hyperlien. Cependant, la Cour de justice a estimé que la notion de communication au public a fait l'objet d'une harmonisation totale, privant les États membres de marge de manœuvre concernant l'hyperlien (a). De plus, nous observerons que cette harmonisation de la notion vaut également en matière de droit voisin (b).

---

[575] CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général, point 46.

[576] Rosati E., GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, préc., p. 1237.

[577] CJCE 7 décembre 2006, *SGAE*, préc, point 44 ; CJUE 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, Football *Association Premier League e.a*, p. I- 0908, points 205 et 206.

a) Une harmonisation totale du statut du lien au regard du droit de communication au public

244. La dernière question préjudicielle de l'arrêt *Svensson* portait sur le point de savoir si les États membres ont la possibilité de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition. La réponse de la Cour fut limpide : les États membres ne sont pas libres de donner un contenu plus large au droit de communication au public.

245. Dans le cadre d'une interprétation finaliste de la directive 2001/21, dont la Cour est coutumière, la solution est cohérente : une protection plus ample du droit de communication au public, variant au gré des États membres, aurait pour effet de créer des disparités législatives nuisibles à la sécurité juridique des tiers[578] et serait, en conséquence, incompatible avec le bon fonctionnement du marché intérieur[579]. Dès lors, aucune marge de manœuvre dans la définition du droit de communication au public n'est laissée aux États membres : les conditions de qualification de la communication au public telles qu'entendues par la Cour sont à la fois « nécessaires et suffisantes »[580]. L'harmonisation de la notion est donc totale et exhaustive[581]. La prétention contraire tirée de l'article 20 de la Convention de Berne, qui prévoit que « *les pays signataires peuvent prendre entre eux des « arrangements particuliers afin de conférer aux titulaires d'un droit d'auteur, des droits plus étendus que ceux prévus par cette convention* », n'y change rien. La Cour rejette en effet l'argument en se référant à l'arrêt *Luksan* dans lequel elle avait jugé que : « *une convention permet à un État membre de prendre une mesure qui apparaît contraire au droit de l'Union, sans toutefois l'y obliger, l'État membre doit s'abstenir d'adopter une telle mesure* »[582]. Tel serait bien ici le cas puisque, selon la Cour, si un État membre entendait accorder une protection plus large à la notion de communication, l'objectif d'harmonisation fixé par la directive 2001/29 serait contrarié[583]. Au-delà de la pleine harmonisation de la notion de communication au public, il importe surtout de retenir pour

---

578 CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc, point 34.

579 *Ibid*., point 36.

580 Benabou V-L., Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, préc.

581 L'harmonisation est, en l'espèce, totale parce qu'elle impose une contrainte maximale aux États membres qui sont strictement tenus par les conditions de qualification. L'harmonisation est également exhaustive car le champ matériel couvert par la notion de communication au public est arrêté ; il constitue un plafond limite pour les États membres. Sur ce point v. Rochfeld J., Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. Recueil Dalloz, 2009, p. 2047, spéc., n°11 ; Thieriet-Duquesne A. Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale. Les limites de l'harmonisation totale, colloque du CEJEC, LPA, n°83, 2009, p. 9.

582 CJUE 9 février 2012, aff. C-277/10, *Luksan*, Rec. général, point 62.

583 CJUE 13 février 2014, *Svensson*, préc.

notre sujet, qu'il en résulte une consécration de l'harmonisation de la liberté de lier vers une œuvre librement accessible, sur le plan du droit d'auteur.

246. Le raisonnement déployé au soutien de cette solution, s'il peut paraître rapide, s'accorde pourtant avec la jurisprudence antérieure de la Cour relative à l'harmonisation des notions du droit d'auteur. La Cour s'efforce en effet, au fil de sa jurisprudence, de remédier aux lacunes laissées par le législateur européen afin de mettre en cohérence le droit européen du droit d'auteur. Elle a régulièrement recours, pour ce faire, au concept de « notion autonome de droit de l'Union »[584], c'est-à-dire des « *notions propres au droit de l'Union dont la définition est détachée de celles des Etats* »[585] Depuis l'arrêt *SGAE*, la notion de communication au public est consacrée au rang de ces notions autonomes[586] si bien que la définition qu'en donne la Cour s'impose aux autorités nationales. L'arrêt *Svensson* n'est, à cet égard, que la confirmation du fait que le droit d'auteur européen possède sa propre définition de la notion de communication au public. De la même manière, et si d'aucuns ont pu le déplorer[587], la mise à l'écart de la Convention de Berne procède d'une prise de distance de la Cour vis-à-vis des Conventions internationales sur le droit d'auteur, qu'il n'est pas rare de rencontrer dans sa jurisprudence[588]. Il s'agit avant tout pour la Cour, ainsi que l'illustre d'ailleurs l'arrêt *Svensson*, d'affirmer l'autonomie et l'effectivité de l'ordre juridique européen, quitte à se délester du poids d'une interprétation trop stricte de la norme internationale.

247. Il reste que l'arrêt *Svensson* et l'arrêt *GS Media* n'envisagent que l'interprétation de l'article 3 §1 de la directive « InfoSoc », qui couvre uniquement le droit de communication au public de l'auteur. Les droits voisins, protégés par l'article 3 § 2 de la directive précitée, ne sont donc pas directement concernés par le cadre élaboré par la Cour dans les arrêts susmentionnés. Pourtant, l'hyperlien est susceptible d'impliquer des objets protégés par certains de ces droits. Les liens renvoyant vers des diffusions en direct sur Internet au regard du droit voisin des organismes de radiodiffusion constituent un bon exemple.

---

584 Selon la Cour, le concept de notion autonome découle « des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de la réglementation en cause ». V. CJCE 18 janvier 1984, aff. 327/82, Ekro, Rec. p. 107, point 11.

585 Castets-Renard C., JCL Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1840. Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur, 2016, n°97. V. également, Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, Propr. Intell., 2012, n°43, p.149 et s. ; Zolynski C., L'élaboration de la jurisprudence de la CJUE, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., n°15.

586 CJCE 7 décembre 2006, *SGAE*, préc., point 31.

587 Lucas H-J., La Cour de Justice européenne respecte-t-elle les conventions internationales sur le droit d'auteur et les droits voisins, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p. 567 et s.

588 *Ibid.*, p. 569 et s.

Survient alors la question de savoir si l'harmonisation du droit de communication au public consacré par la CJUE dans l'arrêt *Svensson* est applicable aux titulaires d'un droit voisin.

b) Une harmonisation valant également pour les droits voisins : l'exemple de la diffusion en direct sur Internet

248. Au regard du droit de l'Union européenne, les organismes de radiodiffusion peuvent-ils opposer leur droit voisin à la création d'un hyperlien vers la diffusion de l'une de leur émission ? Peuvent-ils par exemple s'opposer à la pose d'un lien renvoyant à une rencontre sportive diffusée sur Internet ?

249. Tel était justement l'objet de litige dans l'affaire *C-More Entertainment*[589], au cours de laquelle la CJUE fut saisie d'une question préjudicielle par la Cour suprême suédoise. Il était demandé à la Cour de justice de déterminer si le droit de l'Union s'oppose à ce qu'un État membre accorde aux organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'interdire des actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet[590]. La question se posait parce que le droit de l'Union n'accorde aux organismes de radiodiffusion qu'un droit sur les opérations suivantes : la mise à disposition au public[591], la rediffusion[592] et la communication au public dans un lieu accessible au public et payant[593]. Or ces prérogatives ne couvrent pas le mode de communication au public qu'est la radiodiffusion en direct sur Internet[594]. Il fallait donc, pour la Cour, déterminer si le droit de l'Union opérait une harmonisation maximale du droit voisin des organismes de radiodiffusion *i.e.* au-delà de laquelle les États membres ne peuvent plus aller, ou si cette harmonisation était minimale, laissant libre chaque État membre de prévoir une protection plus étendue. Au niveau national, le droit exclusif pourrait alors comprendre la radiodiffusion d'émissions en direct sur Internet.

250. Si la question dépasse le seul cadre des hyperliens, puisqu'elle porte sur l'étendue de l'harmonisation du droit voisin des organismes de radiodiffusion, elle n'en est pas moins déterminante à leur égard. En cas d'harmonisation maximale, les États membres ne seraient pas libres de conférer aux organismes de radiodiffusion un droit exclusif couvrant des prérogatives autres que celles prévues par le droit de l'Union européenne. Ils ne pourraient pas, à ce titre, accorder aux organismes de radiodiffusion le

---

589 CJUE 26 mars 2015, aff. C-279/13, *C More Entertainment*, Rec. général.

590 *Ibid*., point 29.

591 Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, JOUE L 376, 27/12/2006, p. 28, article 8.

592 *Ibid*.

593 *Ibid*.

594 CJUE 26 mars 2015, *C More Entertainment*, préc., points 25 à 27.

droit exclusif d'interdire la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication prend la forme d'une diffusion en direct sur Internet. Dans cette hypothèse la pose d'un lien (mais aussi tout autre acte de communication) vers un programme diffusé en direct ne pourrait être soumis à l'autorisation du radiodiffuseur, ce dernier ne disposant d'aucune prérogative sur cette communication. La CJUE a néanmoins retenu que l'harmonisation opérée par le droit de l'Union s'agissant des droits voisins des organismes de radiodiffusion était minimale. Se fondant sur une interprétation contextuelle de l'acquis communautaire dans le domaine des droits voisins des organismes de radiodiffusion, elle a en effet estimé que législateur de l'Union européenne n'a pas souhaité prévenir ou supprimer les disparités nationales, en dehors des prérogatives reconnues au radiodiffuseur par le droit de l'Union européenne. La Cour en déduit ainsi que les États membres sont libres d'accorder aux organismes de radiodiffusion un droit exclusif sur la diffusion en *streaming* de leurs émissions.

251. L'absence d'harmonisation européenne du droit de communication au public d'une émission diffusée en direct sur Internet pourrait laisser penser que la liberté de lier vers une telle communication serait variable selon les États membres, en fonction du niveau de protection accordé aux organismes de radiodiffusion (puisque les États membres ont la possibilité de prévoir une protection plus large que celle prévue par le droit de l'UE). Dans l'affaire *C-More Entertainment*, par exemple, il ressort des faits soumis à la CJUE, que le droit suédois accorde un droit exclusif sur la communication au public d'émission en direct. Dans cet État membre, un hyperlien qui pourrait être qualifié de communication au public d'une émission en direct serait donc soumis à autorisation de l'organisme de radiodiffusion titulaire des droits. Tel était le cas en cette espèce puisque l'hyperlien contournait des mesures de protection (un *paywall*) et pouvait par conséquent être qualifié de communication au public conformément à l'arrêt *Svensson*.

252. En France, la Cour d'appel de Paris, se fondant sur l'arrêt *C-More Entertainment*, s'est également prononcée sur l'opposabilité du droit voisin des organismes de radiodiffusion à la pose d'un lien dans l'affaire *Playmédia*[595]. Cette affaire concernait un lien transclusion vers une émission diffusée en direct sur Internet en libre accès, à la différence de l'affaire *C-More Entertainment* dans laquelle la diffusion était protégée par des mesures techniques. Le droit français reconnaissant aux entreprises de communication audiovisuelle un droit exclusif sur la télédiffusion en direct[596], la Cour d'appel de Paris a estimé que l'établissement d'un tel lien requérait l'assentiment de l'organisme de radiodiffusion titulaire des droits.

[595] CA de Paris, 2 février 2016, *SAS Playmédia c. SA France Télévisions*, www. legalis.net.

[596] L'article L. 216-1 du Code français de la propriété intellectuelle reconnaît en effet aux entreprises de communications audiovisuelles un droit voisin étendu à la télédiffusion, couvrant *a priori* la diffusion en direct sur Internet.

253. En opportunité, la solution retenue par la juridiction française se comprend parfaitement : le poseur de liens tirait profit, sans bourse délier, des émissions diffusées par *France Télévisions* à l'aide de la technique de la transclusion. Nous nous interrogerons cependant sur la conformité de cette décision au droit européen[597] : depuis l'arrêt *Reha Training* de la CJUE[598] (toutefois intervenu après l'arrêt *Paymedia*), la notion de communication au public doit recevoir la même définition en matière de droit d'auteur ou en matière de droits voisins[599]. D'ailleurs, dans l'arrêt *C-More Entertainement*, la CJUE considérait que sa jurisprudence *Svensson* était applicable en l'espèce, quand bien même le litige portait sur une prérogative non harmonisée. Dès lors, il nous semble que seul un hyperlien répondant à la qualification de communication au public, au sens des arrêts *Svensson* et *GS Media*, peut être couvert par le droit de communication au public des organismes de radiodiffusion[600]. Or les liens de l'arrêt *Playmedia* ne réalisaient aucune communication au public car ces derniers ciblaient des contenus en libre accès.

254. Cela étant posé, le statut du lien post-*GS Media* suscite d'autres interrogations. Il ne fait plus de doute que les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information sont, pour la grande majorité d'entre eux, des poseurs de liens ayant une intention lucrative. Faut-il alors considérer que ces derniers sont présumés avoir connaissance de l'illicéité de la ressource vers laquelle ils renvoient ?[601] Et qu'en est-il des fermes de liens, telle que la plateforme *Pirate Bay*, renvoyant délibérément vers des contenus illicites ? Sans être à l'origine de la diffusion de ces contenus, voire même de l'hyperlien, ces dernières en organisent pourtant l'accès et en tirent des bénéfices. Elles sont, à cet égard, la cible de critiques relatives au partage de la valeur en ligne. S'agissant du partage de la valeur, le statut des liens créés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information est également susceptible d'être affecté par les nouvelles dispositions de la directive DAMUN. Force est donc de constater que, au regard de leurs caractéristiques propres, certains aspects juridiques de la création automatique de liens ne sauraient directement découler des arrêts *Svensson* et *GS Media*. Ils doivent donc être traités séparément.

---

[597] En ce sens, v. Macrez F., JCl Communication, Fasc. 570, Hyperliens, 2017, n° 35 ; *Contra*. Dormont S., La mise en œuvre de la jurisprudence européenne sur les liens hypertextes par la Cour d'appel de Paris, Dalloz IP/IT, 2016, p.196.

[598] CJUE 31 mai 2016, *Reha Training*, préc.

[599] *Ibid* points 31, 33 et 34.

[600] En ce sens, v. Dormont S., Appréhension par la CJUE du droit de communication au public, RLDI, n° 116, 2015.

[601] Dans le sens d'une telle interrogation, v. Sirinelli P., Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE, préc.

§ 3. - Une application incertaine en matière de création automatique de liens

255. Pour l'essentiel, le cadre juridique de la création automatique de liens en droit d'auteur est le même que celui régissant l'hyperlien en général. En effet, qu'il s'agisse d'un lien créé manuellement ou généré automatiquement, le droit de reproduction n'aura pas vocation à s'appliquer : la reproduction d'une œuvre originale dans le lien en tant que tel fait défaut. De manière similaire, les hyperliens créés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information ne donneront pas prise au droit de communication au public dès lors que l'œuvre liée est librement accessible. En revanche, si le lien outrepasse des mesures visant à restreindre l'accès à cette œuvre, il déclenchera l'application de ce droit exclusif.

256. Cela étant dit, la création automatique de liens soulève des questions qui lui sont spécifiques, en particulier au regard de l'objectif d'un meilleur partage de la valeur en ligne porté par la Commission européenne. Les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux tirent sans conteste un bénéfice de l'attractivité auprès de leurs utilisateurs des œuvres illicites présentes sur Internet. Cette création de valeur se fait au détriment des ayants droit. Or la licéité des liens générés automatiquement et renvoyant vers une source illicite est relativement incertaine. Cet aspect est évidemment crucial pour les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les agrégateurs d'information. Une interprétation maximaliste de l'arrêt *GS Media* pourrait conduire à considérer que les liens, affichés par ces intermédiaires et qui pointent vers des sources illicites, sont *ipso facto* couverts par le droit de communication au public. Il apparaît néanmoins possible de déduire de la jurisprudence de la CJUE que la solution dépend de la nature de l'activité du créateur automatique de liens : elle variera alors selon que l'activité de création de liens est généraliste ou selon qu'elle vise explicitement à favoriser la dissémination de contenus illicites (A).

257. Par ailleurs, l'enjeu du partage de la valeur soulève également la question du statut des contenus utilisés en marge des liens créés automatiquement par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'informations. Ces liens sont en effet souvent accompagnés de *snippet*, qui sont de courts extraits des contenus liés visant à informer l'utilisateur du lien de la teneur du contenu lié[602]. De même, l'affichage du lien conduit parfois ces opérateurs à reprendre des images présentes dans les contenus liés. Si ces pratiques sont indispensables au référencement des contenus du web, puisqu'elles permettent aux utilisateurs d'évaluer la pertinence du contenu lié[603], elles sont toutefois de plus en plus critiquées par les ayants droit

[602] Sur la notion de snippet, v. Franceschini L, CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publication presse, 2018 ; Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, Research Paper of the Faculty of Law, Goethe University Frankfurt am Main, n° 22/2016, spéc., n°43.

[603] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, préc.

dans le cadre du débat portant sur le partage de la valeur en ligne[604]. L'un des objectifs de la de directive DAMUN est d'ailleurs de soumettre certaines de ces utilisations à un nouveau droit voisin des éditeurs de presse. La licéité de ces utilisations apparaît ainsi particulièrement contestée, sans qu'il soit pour autant possible d'affirmer leur illicéité (B).

A. La licéité variable des liens pointant une œuvre illicite

258. Quel doit-être le statut des liens vers des contenus illicites lorsqu'ils sont créés ou générés par des moteurs de recherche, des médias sociaux ou plus généralement par des plateformes en ligne ? L'arrêt *Ziggo*, bien que son contexte dépasse la question des hyperliens *stricto sensu*, nous semble néanmoins apporter la réponse à cette question. En effet, il est possible d'étendre la solution de cette décision aux hyperliens pour en déduire que, l'indexation de liens organisant délibérément et spécifiquement l'accès à des contenus illicites déclenche l'application du droit de communication au public (a). *A contrario*, un créateur automatique de liens qui n'est pas structurellement conçu pour renvoyer vers de œuvres illicites ne pourrait se voir opposer ce droit exclusif lorsqu'il renvoie vers une œuvre illicite. Tel serait le cas des moteurs de recherche généralistes ou des agrégateurs d'information (b).

a) L'illicéité de l'indexation organisant structurellement l'accès à des œuvres publiées illicitement

259. Dans l'arrêt *Ziggo*, rendu par la CJUE le 14 juin 2017[605], le litige à l'origine de l'affaire opposait la société de gestion collective néerlandaise *Stichting Brein* aux fournisseurs d'accès Internet *Ziggo* et *XS4LL*. *Stichting Brein* demandait à ces deux fournisseurs d'accès à Internet (FAI) de bloquer l'accès au site de partage de fichiers *peer-to-peer The Pirate Bay* au motif que ce dernier réalisait une communication au public illicite. Ce point cristallisait les débats, si bien qu'une question préjudicielle fut transmise par la Cour suprême néerlandaise à la CJUE. En substance, il était demandé à cette dernière de déterminer :

---

[604] V. Franceschini L., Rapport du CSPLA sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, 2016 ; Franceschini L, CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publication presse, 2018 ; European Parliament, Study for the JURI committee, Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, 2017 ; Van Eechoud M., A publisher's intellectual. Implications for freedom of expression, authors and open content policies. Research paper for OpenForum Europe, 2017, p. 14 et s. accessible à https://www.ivir.nl/publicaties/download/OFE_Implications_of_publishers_right.pdf. Dernier accès le 01/03/2019 ; Strowel A., Le défi des agrégateurs d'actualités : toujours pas de réponses convaincante. Retour sur les lois anti-Google et les arrêts *Infopaq*, *Meltwater*, et *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 109.

[605] CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général.

« si la notion de « communication au public », couvre, la mise à disposition et la gestion, sur Internet, d'une plateforme de partage qui, par l'indexation de métadonnées relatives à des œuvres protégées et la fourniture d'un moteur de recherche, permet aux utilisateurs de cette plateforme de localiser ces œuvres et de les partager dans le cadre d'un réseau de pair à pair »[606].

260. Reprenant la méthode de l'appréciation individualisée mise en avant dans l'arrêt *GS Media*, la CJUE va alors chercher à déterminer si *The Pirate Bay* réalise un acte de communication, d'une part et, d'autre part, si cet acte est destiné à un public. Sur le premier point, la Cour rappelle que pour qu'un acte de communication ait lieu, il suffit que l'utilisateur de l'œuvre protégée (en l'espèce *The Pirate Bay*) donne, en pleine connaissance de cause, accès à cette œuvre[607]. La Cour en conclut rapidement que la plateforme en cause réalise un acte de communication. Est à cet égard indifférent l'argument selon lequel la plateforme n'a pas directement mis en ligne les œuvres litigieuses. La Cour souligne ainsi, et cela est fondamental, que les administrateurs de la plateforme interviennent en pleine connaissance de leur comportement pour donner accès à des œuvres protégées alors que sans leur intervention ces œuvres ne pourraient « *pas être partagées par les utilisateurs ou, à tout le moins, leur partage sur Internet s'avérerait plus complexe* »[608]. La Cour écarte également l'argument tiré du considérant 27 de la directive 2001/29 selon lequel la simple fourniture d'installations destinées à permettre une communication n'est pas en soi une communication. L'intervention de la plateforme étant particulièrement sophistiquée et non purement technique, elle ne peut qu'être privée d'une telle qualification[609].

261. Ensuite, après avoir constaté que cette communication était bien destinée à un nombre indéterminé et assez important de personnes, la Cour s'est penchée sur la condition du public nouveau visé par une communication secondaire. Depuis l'arrêt *GS Media*, lorsqu'une communication secondaire cible une œuvre mise en ligne illicitement, la condition du public nouveau est remplie dès lors que l'utilisateur de l'œuvre avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de cette illicéité. Cette connaissance est d'ailleurs présumée en cas d'intention lucrative, tout en restant réfragable.

262. C'est là que la difficulté survient compte tenu des circonstances de l'espèce : il eût été aisé pour la plateforme *The Pirate Bay* d'arguer du caractère automatisé de son activité pour soutenir qu'elle ne pouvait ni avoir connaissance ni vérifier systématiquement le caractère licite ou non des œuvres dont elle facilitait l'accès. Le système élaboré dans l'arrêt *GS Media*, fondé sur le critère d'une connaissance actuelle

---

606 *Ibid.*, point 18.
607 *Ibid.*, point 34.
608 *Ibid.*, point 36.
609 *Ibid.*, point 38.

et effective de l'illicéité, notamment déduite de l'intention lucrative du poseur de lien, ne pouvait donc prospérer. Pour y remédier, la Cour va assouplir le critère de la « connaissance de l'illicéité » en estimant que cette dernière peut découler du contexte dans lequel la plateforme met l'œuvre à disposition du public. Parce que la plateforme *The Pirate Bay* exprime manifestement son intention de donner accès à des œuvres contrefaisantes de manière massive, ses administrateurs ne pouvaient ignorer l'illicéité des communications initiales[610]. L'intention lucrative intervient ensuite en second rang[611], comme indice supplémentaire mais non déterminant de la connaissance de l'illicéité[612]. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour estime que *The Pirate Bay* réalise bien un acte de communication au public.

263. L'arrêt consacre ainsi l'illicéité d'une plateforme d'échange de fichiers *peer-to-peer* massivement contrefaisants. Cette jurisprudence est pertinente pour notre sujet puisque le rôle joué par *The Pirate Bay* est à rapprocher d'une activité de création de liens. Comme le souligne l'arrêt, sans cette plateforme, les liens « magnets » vers les œuvres protégées seraient en effet difficilement accessibles. Par analogie, il est donc possible d'estimer que les fermes de liens vers des œuvres mises en ligne illicitement effectuent, elles aussi, des actes de communication illicites. Surtout, il nous semble que l'arrêt *Ziggo* dépasse le cadre des sites d'échange de fichiers *peer-to-peer* pour considérer plus largement la notion de communication au public au regard de l'activité de certains intermédiaires qui, sans être à l'origine de la mise en ligne contrefaisante d'une l'œuvre, en facilite l'accès[613]. Ce sont alors l'ensemble des plateformes de l'Internet qui semble concerné, dont les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information. Est-ce à dire que les créateurs automatiques de liens pourraient, de façon générale, se voir opposer le droit de communication au public dès lors qu'ils renvoient vers un contenu mis en ligne illicitement ? Au vu du raisonnement développé par la Cour dans l'arrêt *Ziggo*, il semble que non car l'opposabilité du droit exclusif paraît réservé au cas où la plateforme vise structurellement à mettre à disposition une œuvre illicitement mise en ligne.

---

610 *Ibid*., point 45.

611 *Ibid*., point 46.

612 En ce sens, Angelopoulos C, CJEU Decision on *Ziggo*: The Pirate Bay communicates works to the public, Kluwer Copyright Blog, 2017, accessible à : http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/ . Dernier accès le 01/03/2019.

613 ALAI, Avis du comité exécutif de l'ALAI au sujet du droit de communication au public ; les opinions de l'avocat général dans les affaires *Filmspieler C*-527/15 et *Ziggo* C-610/15.

b) Une licéité à présumer s'agissant des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information généralistes

264. L'apport principal de l'arrêt *Ziggo* réside, à notre sens, dans le raisonnement tenu par la CJUE au point 29 dudit arrêt. Il apporte en effet un complément utile à l'arrêt *GS Media* en définissant le statut d'une communication seconde vers un œuvre illicitement mise en ligne, réalisée par un prestataire intermédiaire. La CJUE énonce que la connaissance de cette illicéité ne doit pas être établie seulement à partir d'une présomption fondée sur l'intention lucrative, comme dans l'arrêt *GS Media* ou *Stichtig Brein*. La Cour caractérise la connaissance de l'illicéité dans le cadre d'une approche globale, par référence à la structure de la plateforme : celle-ci reflète une activité délibérément et spécifiquement tournée vers la mise à disposition de liens vers des contenus illicitement mis en ligne. C'est donc, nous semble-t-il, l'objet de l'activité *i.e.* la mise à disposition délibérée et systématique d'œuvres illicitement mises en ligne, qui permet de caractériser la connaissance de l'illicéité[614].

265. Par un raisonnement *a contrario*, il faut considérer qu'un intermédiaire ne pourrait se voir opposer le droit de communication au public, si l'objet principal de cette activité n'est pas la diffusion contrefaisante d'œuvres et ce, même si certaines des œuvres pointées peuvent être illicites. En pareille hypothèse, l'intermédiaire en cause ne pourrait pas avoir connaissance de l'illicéité des œuvres diffusées au sens de l'arrêt *Ziggo*. Il faut en déduire qu'un moteur de recherche, un réseau social ou un agrégateur de contenus, dont l'activité implique de référencer des contenus en général, ne devraient pas être couverts par le droit de communication au public.

266. À cet égard, la circonstance que l'activité réalisée est motivée par le désir de réaliser des bénéfices n'est pas déterminante. La présomption d'illicéité en cas d'intention lucrative nous paraît de ce fait aisément réfutable : un système automatique, générant des liens de manière globale, sans égard pour la nature du contenu pointé, ne peut raisonnablement vérifier si chacun de ces liens renvoie vers une publication contrefaisante[615]. En conséquence, la connaissance de l'illicéité ne pourrait résulter que d'une notification par le titulaire de droits. Intervenant après la pose du lien, la notification ne menace pas la liberté de lier.

---

[614] Comp. Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, 2014, 1ère éd., coll. Précis, Dalloz, 1040 p. n°1285.

[615] En ce sens, Angelopoulos C, Hyperlinks and copyright infrigement, Cambridge Law Journal, 2017, p. 35.

267. Cette approche a, d'ailleurs, été retenue par la Cour suprême allemande dans une affaire récente qui opposait le moteur de recherche *Google Image* à un site de photographies[616]. Les faits méritent d'être évoqués tant ils sont un condensé des jurisprudences *Svensson*, *GS Media* et *Ziggo* : certains utilisateurs d'un site web contenant des images et des photographies dont l'accès était restreint par un *paywall*, avaient republié ces œuvres sur un site internet où elles étaient en libre accès. Partant, le moteur de recherche *Google Image* a pu procéder à leur indexation et à l'affichage de réductions de ces œuvres graphiques sous forme d'*inlining*. Les titulaires de droits, se plaçant dans le sillage de l'arrêt *GS Media*, estimaient que *Google Image* violait leur droit exclusif de communication au public. La Cour suprême allemande a, au contraire, estimé qu'aucun acte d'exploitation illicite d'une œuvre n'était réalisé par *Google Image*. Pour parvenir à cette solution, la haute Cour allemande va raisonner dans le cadre défini par l'arrêt *GS Media*. Les juges rappellent d'abord combien l'activité des moteurs de recherche et les liens posés par eux sont essentiels au fonctionnement de l'Internet. Puis, se penchant sur la condition de la connaissance de l'illicéité, la Cour estime qu'il ne peut être attendu d'un moteur de recherche, en raison de son fonctionnement, qu'il vérifie la licéité de la mise en ligne des œuvres vers lesquelles il renvoie. Un moteur de recherche n'est donc pas présumé connaître le caractère illicite de la publication initiale. Partant, il n'effectue pas d'acte de communication au public.

268. Eu égard à notre analyse et à la jurisprudence allemande, c'est par conséquent une liberté de lier de principe qui semble se dessiner pour les moteurs de recherche généralistes et les agrégateurs d'information. Par exception, les créateurs automatiques de liens seraient dans l'obligation de supprimer un lien vers une œuvre dont le caractère contrefaisant lui a été notifié, sauf à pouvoir opposer une exception au droit exclusif.

269. On gagera également que notre analyse ne préjuge pas de précisions ultérieures qui seraient apportées par la CJUE quant à la notion de « connaissance de l'illicéité » de la communication initiale, lorsque la communication seconde est réalisée dans le cadre d'un référencement automatisé. D'aucuns estiment, en effet, que la Cour pourrait par exemple se fonder, à l'avenir, sur la théorie de la « connaissance constructive ». Selon cette approche, la connaissance de l'illicéité peut être caractérisée à partir de certains indices et appréciée par comparaison avec un comportement normalement diligent[617]. Cette théorie se base

---

[616] BGH, 21 septembre 2017, I ZR 11/16 ; Sur cette décision, v. Von Lewinski S., Encore des privilèges pour les moteurs de recherche, Dalloz IP/IT, 2018, p. 444 ; Rosati E., Linking for profit, technical means and burden of proof - German BGH applies CJEU case law to Google's Image Search, ipkitten.blogspot.com, 2017, accessible à : http://ipkitten.blogspot.com/2017/12/linking-for-profit-technical-means-and.html. Dernier accès le 01/03/2019.

[617] Baistrocchi P., Liability of Intermediary Service Providers in the EU directive on Electronic Commerce, Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 19, n°, 2003, p.111, spéc., p. 114. Cette approche se base sur l'article 14 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

sur la lettre de l'article 14 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, qui conditionne le bénéfice du régime de responsabilité limitée de l'hébergeur à l'absence de connaissance de l'illicéité de l'information qu'il stocke. Deux types de connaissances sont alors à distinguer : la connaissance actuelle ou effective d'une part, et la connaissance de faits ou de circonstances propres à rendre apparente cette illicéité d'autre part[618]. Or les arrêts *GS Media* et *Ziggo* pourraient bien reprendre cette distinction puisqu'ils font la différence entre une personne qui « savait »[619] l'illicéité (connaissance effective) et une personne qui « devait savoir »[620] ou sa réciproque, qui « ne pouvaient ignorer » l'illicéité[621] (connaissance constructive). Dans le cadre de cette théorie, l'existence de cette connaissance serait alors susceptible de varier en fonction des circonstances propres à chaque espèce[622]. De ce point de vue, différents indices pourraient alimenter la « construction » de cette connaissance en matière d'hyperlien : la nature de l'œuvre, la dénomination de la ressource liée (par exemple un nom de domaine comportant et associant « streaming » et « gratuit » ou « pirate »), la récurrence des liens vers des sources illicites ou faisant la promotion de ces sources, etc.

270. Au stade de l'affichage de l'hyperlien, l'appréhension de l'hyperlien au prisme du droit de communication au public domine incontestablement le débat juridique relatif à la liberté de lier. Or nous avons pu observer que l'établissement d'un hyperlien pointant un contenu protégé ne déclenche pas, en principe, l'application du droit exclusif. Cela ne libère pas pour autant les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information de toutes contraintes relatives au respect du droit d'auteur ou d'un droit voisin. Le statut des extraits, accessoires indispensables des liens créés automatiquement, doit en effet être questionné.

B. La licéité contestée de l'utilisation des œuvres liées en marge du lien

271. L'utilisation des œuvres en marge du lien, et en particulier l'utilisation de *snippet*, est de plus en plus contestée par les ayants droit car ils jugent qu'elles s'apparentent à une captation de la valeur des œuvres par quelques intermédiaires de l'Internet, qui tirent profit de l'intérêt qu'elles suscitent auprès du public (1). Ces utilisations échappent pourtant largement au contrôle des titulaires de droit au regard des

---

618 Pour une application de la théorie de la connaissance « constructive » par la CJUE, v. CJUE 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal e.a*, Rec. p. I-06011, point 120.

619 CJUE 8 septembre 2016, *GS Media*, préc., point 49.

620 *Ibid*.

621 CJUE 14 juin 2017, *Ziggo*, préc., point 45.

622 Angelopoulos C, CJEU Decision on *Ziggo*: The Pirate Bay communicates works to the public., préc ; Rosati E,., GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, préc.

outils classiques du droit d'auteur et des droits voisins (2). La directive DAMUN, actuellement en cours d'adoption[623], pourrait remédier à cette situation en faveur de certains titulaires de droit. Elle prévoit en particulier un nouveau droit voisin des éditeurs de publications de presse dont la finalité est de couvrir l'activité des créateurs automatiques de liens (3).

1° Une utilisation au cœur des enjeux du partage de la valeur en ligne : l'exemple des contenus de presse

272. La problématique du partage de la valeur économique entre les différents acteurs concourant à la diffusion de contenus en ligne est connue du droit depuis les débats juridiques sur la neutralité d'Internet[624]. Elle a été récemment étendue au partage de la valeur générée par les contenus protégés, entre les titulaires de droit, les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité[625].

273. L'utilisation d'extraits d'œuvre est l'un des maillons essentiels de l'activité des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information, voire des réseaux sociaux. Les reprises partielles, de natures variées (textes, photos, illustrations etc.), rendent leurs services plus attractifs auprès des utilisateurs[626] : ces reprises permettent aux utilisateurs finaux d'évaluer la pertinence du contenu vers lequel le lien renvoie. En retour, cela permet aux créateurs automatiques de liens de monétiser la fréquentation de leur site selon des modèles économiques variables[627]. Du point de vue des titulaires, ces reprises apparaissent en revanche comme une captation indue de la valeur desdits contenus, dans le sillage des problématiques économiques

---

623 V. Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

624 V. notamment Curien N., Mawxell W., La neutralité d'Internet, 2011, éd. La Découvertes, coll. Repères, 126 p., p.12.

625 Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, 2016, p. ; v. également Bruguière J-M, Quand les éditeurs de presse revendiquent un Canada dry des droits voisins, Rec. Dalloz, 2013, p.26 ; Bruguière J-M., Droits voisins des éditeurs de presse : « les voisins du troisième type », Propr. Intell., n°46, janvier 2013, p.70.

626 Calzada J., Gil R., What do news aggregator do ? Evidence from Google News in Spain and Germany, New York : Social Sciences Research Network (SSRN), 2016, https : //ssrn.com/abstract=2837553, dernier accès le 01/03/2019.

627 Deux modèles principaux émergent : gratuit ou payant. Dans le modèle gratuit, qui est celui des moteurs de recherche généralistes ou de certains agrégateurs d'actualité, comme Google News, les listes de liens et leurs extraits sont proposés gratuitement aux Internautes. Le moteur de recherche va ensuite monétiser cette audience en proposant à des annonceurs en ligne de payer pour une publicité ciblée auprès des utilisateurs du moteur. Sire G., Les moteurs de recherche, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p. 45 et s. ; Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, 2011, Larcier, 238 p., p. 139. Dans le modèle payant, un service d'agrégation d'actualité, aussi appelé *clipping,* communique à ses clients, en fonction de thèmes préalablement choisis par ces derniers, des listes de liens hypertextes vers des contenus de la presse en ligne. Ces liens sont également agrémentés d'extraits de ces contenus. V. Marino L., "Arrêt Meltwater : du soleil et du surf (sur Internet)", préc.

soulevées par le *crawling* et les copies « en cache »[628]. Ces reprises suffiraient en effet aux internautes pour bénéficier de l'essentiel du contenu lié[629]. Il en résulterait un manque à gagner pour les fournisseurs de contenus qui tirent la majeure partie de leur revenu de la vente d'espaces publicitaires sur base de leur audience directe[630].

274. La revendication d'un meilleur partage de la valeur en ligne est particulièrement portée par les éditeurs de presse en ligne. Dans un contexte où ces acteurs ont des difficultés grandissantes pour exploiter leur publication dans l'univers numérique[631], ils considèrent que les utilisations de leurs contenus dans le cadre du référencement s'apparente à un manque à gagner résultant en une captation indue de la valeur générée par leurs contenus. Les éditeurs de presse craignent en outre de ne plus pouvoir valoriser leurs contenus payants comme par exemple leurs archives en l'absence de consultation de leur site[632]. Le débat sur le point de savoir si le droit d'auteur couvre de telles reprises se fait donc de plus en plus prégnant, les uns réclamant plus de liberté et les autres plus de protection.

2° Une utilisation échappant largement au contrôle des titulaires de droit

275. Afin de lutter contre l'utilisation de leur contenu par les opérateurs de référencement, les titulaires de droits ont tenté de mobiliser les outils classiques du droit d'auteur et des droits voisins : droit de reproduction, droit de communication au public ou droit *sui generis* sur les bases de données. Le recours à ces droits exclusifs se révèle cependant largement inefficace[633], aussi bien du point de vue du droit d'auteur (a) que du droit *sui generis* sur les bases de données (b).

---

[628] Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, préc., p. 59 et s.; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p. 61 et s. ; Bruguière J-M., Droits voisins des éditeurs de presse : « les voisins du troisième type », Propr. Intell., n°46, janvier 2013, spéc., p. 70.

[629] Selon la Commission européenne 47% des consommateurs européens lisent et se satisfont des extraits d'actualité proposés par les moteurs de recherche, les agrégateurs d'actualité et les médias sociaux, et ne cliquent pas sur les liens renvoyant vers les contenus d'origine : European Commission, Commission Staff Working Document on the modernisation of copyright rules, SWD (2016) 301 Final, du 14/09/2016, p. 157.

[630] Van den Berg B., 'Copyright & the struggle against Google News', Kluwer Copyright Blog, 2016, http://kluwercopyrightblog.com/2016/05/18/copyright-struggle-google-news/ . Dernier accès le 01/03/2019 ; Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, 2016. p. 3.

[631] European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301Final, Part 1, 14/09/2016, p. 155 et s. ; v. également Van Eechoud M., A publisher's intellectual. Implications for freedom of expression, authors and open content policies. Research paper for OpenForum Europe, préc., p. 14 et s.

[632] *Ibid.* ; v. aussi Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, préc., p.62.

[633] En ce sens, v. notamment Strowel A., Le défi des agrégateurs d'actualités : toujours pas de réponses convaincantes. Retour sur les lois anti-Google et les arrêts *Infopaq*, *Meltwater*, et *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 109.

a) Un contrôle par le droit d'auteur limité par l'exception de courte citation

276. Les liens créés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information sont accompagnés d'extraits des contenus liés. Dès lors que ces reprises concernent des œuvres protégées, elles sont susceptibles d'entrer dans le giron du droit de reproduction et du droit de communication au public, sauf à bénéficier d'une exception. À cet égard, il peut être envisagé d'appliquer à ces reprises l'exception de courte citation prévue par la directive 20001/29. Si l'application de cette exception aux activités de référencement est incertaine (i), il reste qu'en pratique ces incertitudes jouent en faveur des créateurs de liens (ii).

i. Le bénéfice incertain de l'exception de citation pour les contenus utilisés en marge de l'hyperlien

277. Parmi la liste des exceptions de l'article 5 de la directive « InfoSoc », plusieurs d'entre elles paraissent de prime abord pouvoir être sollicitées pour valider la reprise d'extraits d'œuvres protégées dans le cadre de la création d'un lien. L'exception pour « copie provisoire » doit d'emblée être écartée[634]. À la différence de la *« copie-crawl »*, les reproductions d'extraits d'œuvres n'ont pas vocation à être transitoires : elles restent stockées sur les serveurs des créateurs automatiques de liens afin d'être communiquées au public. Étant destinées à être communiquées au public, elles disposent en outre d'une signification économique indépendante ce qui les rend incompatibles avec l'exception pour « copie provisoire ». Parmi les exceptions dont la transposition par les États membres était facultative, les exceptions de revue de presse[635], de citation[636] et d'inclusion fortuite[637] apparaissent intéressantes dans notre cas, dans la mesure où leur finalité est de permettre la reprise d'une œuvre dans un autre produit. Il nous semble cependant que seule l'exception de citation doit être analysée plus avant en cette thèse. Au contraire des exceptions de revue de presse et d'inclusion fortuite, seule l'exception de citation a en effet

[634] Directive n° 2001/29/CE, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, art. 5.1.
[635] *Ibid*., art. 5. 3 c).
[636] *Ibid*., art. 5. 3 d).
[637] *Ibid*., art. 5. 3 i).

fait l'objet d'une délimitation par la CJUE dans l'arrêt *Eva Maria Painer*[638]. Cette délimitation semble lier les États membres ayant pris soin de la transposer[639], au nom de l'effet utile de l'exception[640].

278. En ce qui concernes l'utilisation d'extraits par les créateurs automatiques de liens, l'arrêt *Painer* s'avère intéressant sur trois points. D'abord, l'arrêt admet que la citation d'œuvres graphiques est possible dans le cadre de l'exception de citation[641], au contraire de ce que le droit de certains États membres, dont la France, permettait[642]. À ce titre, l'exception de citation pourrait être utilisée par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information pour accompagner leurs liens de vignettes comportant des images protégées. L'arrêt pose, en outre, qu'il n'est pas nécessaire que la citation soit intégrée à une œuvre citante[643]. Il découle donc de la décision *Painer* que l'exception est applicable aux actes de référencement, ce qui contredit par ailleurs la solution retenue par le juge belge dans la décision *Copiepresse* rendue en 2011[644].

279. Il reste toutefois à vérifier que les autres conditions encadrant le recours à l'exception de citation peuvent être respectées lors la mise à disposition de l'extrait d'une œuvre vers laquelle le lien renvoie. Parmi, ces conditions, l'article 5. 2 d) mentionne que la citation doit être faite notamment à des fins de critique ou de revue. Les extraits accompagnant les liens ne sauraient rentrer dans l'une de ces deux catégories puisqu'elles impliquent une analyse que ne fournissent pas, pour l'heure, les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité[645].

280. Il faut cependant relever que la CJUE a mis en avant, dans l'arrêt *Painer*, l'importance pour la mise en œuvre de l'exception de citation de « *la liberté d'expression des utilisateurs par rapport à l'intérêt de l'auteur à pouvoir s'opposer à la reproduction d'extraits de son œuvre* »[646]. Or il nous semble que l'utilisation des extraits par les moteurs de recherche s'inscrit pleinement dans cet équilibre, dans la mesure où ils facilitent l'accès à l'information. On gagera toutefois que la Cour ne s'étant pas penchée sur la finalité

---

638 CJUE 1er décembre 2011, aff. C-145/10, *Painer*, Rec. p. I-12533.

639 L'exception de citation est en effet facultative. Les États membres n'ont pas l'obligation de l'incorporer dans leur droit.

640 CJUE 1er décembre 2011, *Painer*, préc, point 133.

641 CJUE 1er décembre 2011, *Painer*, préc.

642 V. par exemple Cass. civ, 22 janvier 1991, n°15-15617 Fabris c. Loudmer : « *La reproduction intégrale d'une œuvre d'art, quel que soit son format, ne peut en aucun cas s'analyser comme une courte citation* ».

643 CJUE 1er décembre 2011, *Painer*, préc., point 136.

644 CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse, point 32. Accessible à https://www.copiepresse.be/images/file/Google/Copiepresse_jugement_appel_contre_Google_5_mai_2011(2).pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

645 En ce sens, Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°434.

646 CJUE 1er décembre 2011, *Painer*, préc., point 135.

de l'exception de citation, sa délimitation reste à l'appréciation des États membres l'ayant transposée. En France, il est par exemple peu probable que ces extraits s'inscrivent dans l'une des finalités prévues par l'article 125-5 3° a) du CPI. En outre, la directive « InfoSoc » impose, à moins que cela ne soit impossible, que les citations soient accompagnées de la source, y compris le nom de l'auteur et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi. Si lors de l'utilisation des extraits, la source est bien mentionnée par le biais de l'hyperlien, tel n'est généralement pas le cas de l'auteur. Il faut néanmoins estimer que cette façon de procéder est conforme aux usages ayant cours sur Internet : pour des raisons pratiques, seule le site source est généralement mentionné.

281. Enfin, tout comme pour l'exception de « copie provisoire », l'exception de courte citation doit satisfaire le « triple test » de l'article 5. 5 de la directive « InfoSoc »[647]. Or la multiplicité des extraits, *i.e.* des citations, pourrait ne pas correspondre à une utilisation des œuvres faite dans certains cas spéciaux. Le flou demeure également quant au fait de savoir si ces extraits sont susceptibles de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et d'entraîner un préjudice injustifié aux titulaires de droits. Ces derniers estimeront que cela est le cas dans la mesure où la disponibilité des extraits est susceptible de détourner les internautes de leur site. À l'inverse, les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information répondront au contraire que leur activité alimente le trafic vers les sites des titulaires de droits favorisant ainsi l'exploitation de l'œuvre.

ii. Des incertitudes de facto favorables aux moteurs de recherche et agrégateurs d'informations

282. À défaut de certitudes sur le plan juridique, la libre utilisation d'extraits d'œuvres par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information est un état de fait. Ces derniers sont en effet en capacité de tirer avantage des flous entourant l'application de l'exception de courte citation dans leur rapport avec les ayants droits.

283. Le premier de ces flous tient au fait que l'exception de citation n'a vocation à être mobilisée qu'en présence d'une œuvre protégée. C'est une évidence de le rappeler mais si le contenu utilisé par les créateurs automatiques de liens n'est pas protégé, il peut être librement utilisé, au regard du droit d'auteur tout du moins. Un titulaire de droits qui entendrait faire valoir son droit exclusif sur les extraits repris devrait donc démontrer au cas par cas que ces derniers sont protégés du fait du leur originalité. Or il n'existe aucune présomption d'originalité en droit d'auteur et l'on ne saurait non plus ériger en principe que les parties

[647] V. *supra*, n°140.

d'une œuvre originale le soient nécessairement elles-mêmes[648]. À cet égard, l'arrêt *Copiepresse*[649], rendu par la Cour d'appel de Bruxelles, est particulièrement critiquable puisqu'il retient, sans motivation précise, que l'ensemble des emprunts réalisés par *Google* dans le cadre de son service *Google Actualités* sont originaux et, partant, protégés au titre du droit d'auteur. La logique est la même s'agissant du deuxième de ces flous, qui concerne directement l'exception de citation. Pour écarter l'application de l'exception, il faudra effectivement, argument contre argument, démontrer que chacune des conditions permettant de profiter de l'exception de citation est ou n'est pas respectée.

284. En cas de contentieux, face à l'immensité des reprises opérées par les agrégateurs d'actualité, il est bien évident que la tâche paraît démesurée et l'issue incertaine pour les titulaires de droits. Le coût d'un procès en défense du droit d'auteur semble rédhibitoire, surtout lorsque l'on connaît la puissance financière et les ressources juridiques que possèdent certains créateurs automatiques de liens[650]. Une société telle que *Google* est ainsi passée maître dans l'art de jouer, voire de provoquer ces « zones grises » du droit d'auteur[651] (et du droit sur Internet en général), même lorsque ce dernier pourrait légitimement trouver à s'appliquer. Pour ces raisons, le droit d'auteur est un moyen de contrôle largement inefficace en ce qui concerne les contenus utilisés par les moteurs de recherche ou par les agrégateurs d'actualité en marge des hyperliens. Il en va largement de même s'agissant du droit *sui generis* sur les bases de données.

b) Un contrôle inefficace à l'aune du droit sui generis sur les bases de données

285. Certains auteurs ont insisté sur le fait que le *droit sui generis* pouvait apporter des éléments de réponse au débat sur le partage de la valeur en ligne dans le contexte du référencement[652] : ce droit permet en effet d'empêcher la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle des contenus d'une base de

---

[648] Lucas A., obs. sous CA Bruxelles, 5 mai 2011 *Google Inc. c. Copiepresse et autres*, Propr. Intell., n°40 2011, n°40.

[649] CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse, préc., point 29.

[650] Rappr. Benabou V-L., Zolynski C., Cytermann L., CSPLA, Droit de la propriété literraire et artistique, données et contenus numériques, 2018 : « *[P]aradoxalement, plus la reprise est massive, plus il est compliqué pour le titulaire de faire valoir ses droits en raison des coûts associés à cette preuve. C'est, par exemple, la situation des photographes face aux moteurs d'images qui se voient doublement dissuadés de s'opposer à la réutilisation de leurs images sous forme de fragments dits « snippets » : incapable d'assumer les coûts de cette preuve, souvent hors de proportion avec les chances de gains judiciaires, ils s'exposent à l'oubli s'ils utilisent le moyen alternatif du «robot.txt» qui leur est proposé par les moteurs pour s'opposer à l'indexation* ».

[651] V. notamment Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, *op. cit.*, p. 122 ; Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, 2011, Larcier, 238 p.

[652] V. en particulier, Van Eechoud M., A publisher's intellectual. Implications for freedom of expression, authors and open content policies. Research paper for OpenForum Europe, préc., p. 31.

données protégée. Dans l'arrêt *Innoweb* [653], la CJUE a d'ailleurs mis en évidence qu'un métamoteur de recherche dédié pouvait, dans le cadre de son activité de création de liens, effectuer un acte d'exploitation d'une base de données protégée par le droit *sui generis* (i). On ne saurait cependant étendre la portée de cet arrêt aux moteurs de recherche généralistes et aux agrégateurs d'information, la Cour ayant posé des conditions d'application du droit *sui generis* particulièrement restrictives (ii).

Remarque - : Seule l'application du droit *sui generis* sur les bases de données sera ici envisagée, l'application du droit d'auteur sur les bases de données aux *snippet* semblant d'emblée exclue. En vertu de l'article 3 de la directive 96/9/CE, seule est en effet protégée par le droit d'auteur sur les bases de données, la structure originale de la base. Or il nous semble évident que les extraits de contenus affichés en marge du lien par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information sont insusceptibles de reproduire ou de communiquer la structure d'une base de données[654].

i. L'application du droit sui generis aux contenus utilisés en marge du lien : l'exemple de l'affaire Innoweb

286. L'affaire *Innoweb* portait sur la mise en jeu du droit de réutilisation par un moteur de recherche dédié. Les métamoteurs de recherche offrent à leurs utilisateurs la possibilité de transférer leur requête vers d'autres moteurs de recherche. Un métamoteur de recherche n'effectue en conséquence aucune recherche par lui-même mais centralise celles qui sont effectuées par les moteurs de recherche sollicités. Un métamoteur est dit « dédié » lorsqu'il est spécialisé dans un ou plusieurs domaines en particulier, tels des annonces de vente de voitures, comme dans l'affaire *Innoweb*. Ce type de moteur de recherche a, en général, recours à la technique du *framing* pour créer des liens entre le site sur lequel il se trouve et les bases de données spécialisées qu'il consulte. Dans l'affaire *Innoweb*, le métamoteur dédié éponyme créait ainsi des liens « transclusion » vers des sites spécialisés dans la mise à disposition de recueils d'annonces de vente de voitures. Ce procédé ne pouvait donc s'analyser en extraction de données au sens de l'article 7 la directive 96/9/CE[655]. Du fait de l'emploi de la technique du lien, aucune copie de la base n'était

---

653 CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, Rec. général.

654 Contra. Benabou V-L., Zolynski C., Cytermann L., CSPLA, Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques, préc., p. 103 et s. Dans le rapport, il est envisagé que les publications de presse, considérées comme collections d'œuvres (textes, images, données), puissent être qualifiées de bases de données protégées par le droit d'auteur au sens de la directive 96/9 sur la protection juridique des bases de données. Il est vrai que la CJUE a consacré une définition particulièrement large et accueillante des bases de données dans l'arrêt *Verlag Esterbauer* (CJUE 29 octobre 2015, aff. C-490/14, *Verlag Esterbauer*, Rec. général), définition qui pourrait englober les publications de presse. Il faut cependant exclure que les reprises de ces éléments par les moteurs de recherche ou les agrégateurs soit assimilées à la reprise de la structure d'une base de données dont on voit mal, au demeurant, ce qu'elle peut être, en matière de publication de presse.

655 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., n°1185.

effectuée sur les serveurs *d'Innoweb*. En revanche, c'est fort logiquement que la juridiction néerlandaise à l'origine de la question préjudicielle demandait à la Cour de déterminer si un méta-moteur de recherche dédié réalise un acte de réutilisation couvert par le droit *sui generis*.

287. La Cour a répondu positivement. Un métamoteur de recherche dédié procède bien à un acte de réutilisation d'une base de données protégée dans la mesure où il :

> « *fournit à l'utilisateur final un formulaire de recherche offrant, en substance, les mêmes fonctionnalités que le formulaire de la base de données; traduit « en temps réel » les requêtes des utilisateurs finaux dans le moteur de recherche dont est équipée la base de données, de sorte que toutes les données de cette base sont explorées et présente à l'utilisateur final les résultats trouvés sous l'apparence extérieure de son site Internet, en réunissant les doublons en un seul élément, mais dans un ordre fondé sur des critères qui sont comparables à ceux utilisés par le moteur de recherche de la base de données concernée pour présenter les résultats* »[656].

288. En effet, selon l'acception finalisée du droit de réutilisation que retient la Cour, ce droit s'entend de tout « *acte consistant à mettre à la disposition du public, sans le consentement de la personne qui a constitué la base de données, les résultats de son investissement, privant ainsi cette dernière de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement* »[657]. Or dans les conditions précitées, la Cour estime qu'un métamoteur de recherche dédié permettrait à ses utilisateurs, grâce aux liens « transclusion », d'accéder à la totalité du contenu présent dans les bases de données protégées sans pour autant consulter les sites Internet desdites bases[658]. Les fabricants de ces dernières risqueraient de voir diminuer tant leurs revenus publicitaires[659] que les revenus liés à la vente d'emplacements pour les annonces de vente de voitures[660]. En conséquence, les fabricants des bases de données protégées ne pourraient plus tirer profit des investissements consentis par eux pour assurer la constitution et le fonctionnement desdites bases. Il y a donc bien acte de mise à disposition du contenu de la base de données au sens de l'article 7 de 96/9/CE. En outre, il ne faisait guère de doute que cette mise à disposition était destinée à un public, constitué de l'ensemble des internautes. Enfin, la reprise d'une partie substantielle de la base de données protégée,

---

656 CJUE 19 décembre 2013, *Innoweb*, préc., point 54.
657 *Ibid*., point 37.
658 *Ibid*., point 40.
659 *Ibid*., point 41.
660 *Ibid*., point 43.

condition de mise en jeu du droit *sui generis* était acquise : le fonctionnement d'un métamoteur de recherche dédié permet en effet de mettre à disposition l'ensemble de ladite base.

289. Si l'on en revient aux hyperliens, cela signifie que les liens « transclusion » créés par un métamoteur de recherche dédié ne peuvent être posés sans autorisation du fabricant de la base de données protégée vers laquelle ce lien renvoie. Par conséquent, point de liberté de lier dans ce cas précis. Il reste à déterminer si la solution élaborée par la CJUE dans l'arrêt *Innoweb* est susceptible d'être étendue à d'autres créateurs de liens.

ii. Une application cantonnée par des conditions d'application restrictives

290. La question de l'extension de la jurisprudence *Innoweb*, à d'autres opérateurs est importante dans le débat sur la liberté de lier. Elle l'est notamment au regard de la problématique du partage de la valeur entre certains fournisseurs de contenus, tels que les éditeurs de presse, les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'actualité. Il ne peut en réalité être exclu que les éditeurs de presse en ligne puissent bénéficier du droit *sui generis* sur les bases de données. Les ensembles d'articles et autres contenus informationnels édités par eux paraissent susceptibles de répondre à la définition d'une base de données protégeable par l'article 1§ 2 de la directive 96/9/CE dès lors qu'ils constituent « *des éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles* ». Cette base de données sera protégée dans la mesure où « *l'obtention, la vérification ou la présentation* »[661] de ces contenus de presse témoigneraient d'un investissement substantiel de la part de l'éditeur de presse en ligne[662]. La question devient alors celle de savoir si ces fournisseurs de contenus peuvent brandir la jurisprudence *Innoweb* pour s'opposer à la réutilisation de leurs contenus.

291. La réponse doit être négative. Il ressort clairement de la motivation de la Cour que la solution ne vaut que pour un métamoteur de recherche dédié, ayant des caractéristiques lui permettant d'offrir un service identique à ceux des bases de données protégées dont il réutilise le contenu. Sous cette condition, le service du métamoteur de recherche dédié est destiné à se substituer à ceux des bases de données concurrentes, empêchant ainsi leur fabricant de tirer profit des investissements qu'ils avaient consentis. La

---

[661] Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1990, art. 7 §1.

[662] Sur la notion d'investissement substantiel, v. *infra*, n°485. Sur le cas spécifique de l'édition de presse en ligne, notons que cette dernière condition apparaît restrictive puisque les investissements consentis pour la création des contenus de presse sont exclus de la protection du droit *sui generis*. En matière d'édition de presse, seul l'investissement réalisé dans la présentation du contenu pourra témoigner d'un investissement substantiel.

Cour détaille, à cet égard, l'ensemble des caractéristiques qui conduisent à cette substitution : un formulaire de recherche ayant les mêmes fonctions que celui de la base de données, une mise à disposition de l'ensemble des données de la base, une présentation des résultats de recherche selon une méthode comparable à ceux fournis par la base de données. À ce titre, toute forme de création manuelle de liens n'est évidemment pas concernée. Quant aux services offerts par les moteurs de recherche généralistes ou les agrégateurs d'information, ils ne s'inscrivent pas non plus dans le cadre défini par l'arrêt *Innoweb*. Ils n'ont pas, en effet, vocation à se substituer à l'identique aux éventuelles bases de données vers lesquelles ces opérateurs renverraient. Au contraire, ils se limitent à procurer à leurs utilisateurs la localisation de certains contenus ainsi que des informations les concernant. Or la CJUE relève explicitement qu'une telle activité ne suffit pas à mettre en jeu le droit *sui generis*[663]. Les moteurs de recherche dédiés restent donc un cas particulier d'activité dont la liberté de lier est limitée au stade de l'affichage du lien.

De *lege ferenda*, l'utilisation de certains contenus en marge du lien est toutefois susceptible d'être couverte par la nouvelle directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

3° Une utilisation susceptible d'être couverte par la directive DAMUN

292. La directive DAMUN a été proposée par la Commission européenne le 14 septembre 2016. Le Parlement européen a définitivement adopté ce texte le 26 mars 2019[664]. L'un des principaux objectifs de cette directive est d'assurer un meilleur partage de la valeur entre les fournisseurs de contenus et les plateformes en ligne, au premier rang desquels figurent certains fournisseurs de liens. Dans ce but, l'article 15 de la directive prévoit un nouveau droit voisin des éditeurs de presse dont la finalité est de soumettre les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information à un nouveau droit exclusif. Notre propos sera ici de présenter cet article dans ses grandes lignes, puisqu'il vise clairement à appréhender l'activité des moteurs de recherche et des agrégateurs d'actualité. Il en ressortira que le droit voisin des éditeurs de presse est destiné à couvrir spécifiquement le référencement des contenus de presse par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité. La genèse du droit exclusif (a), sa finalité (b), ainsi que sa structure, en attestent (c). Ce nouveau droit voisin génère également de nombreuses difficultés tenant à son articulation avec la liberté de lier *stricto sensu*. Cette dimension sera abordée dans le titre 2 de cette partie, lorsque nous apprécierons la cohérence du statut du lien en droit d'auteur.

---

663 CJUE 19 décembre 2013, *Innoweb*, préc., point 39.

664 Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

Remarque - : Comme précédemment, l'analyse qui suivra reposera sur le texte voté par le Parlement européen le 26 septembre 2019. Ce texte doit encore être approuvé par le Conseil de l'UE.

a) Des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information ciblés au regard de la genèse du droit

293. Les développements précédents nous ont permis de constater que le droit d'auteur était d'une utilité relativement incertaine pour appréhender l'utilisation des œuvres en marge des liens créés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information[665]. Cela vaut également pour les publications de presse référencées par ces mêmes moteurs et agrégateurs. Dans la pratique, il en découle une situation où les éditeurs de presse sont dans l'incapacité de négocier l'utilisation de leur contenu en ligne avec les acteurs du référencement.

294. Cet écueil a conduit certains États membres de l'Union à envisager une protection des contenus de presse en ligne afin de permettre aux éditeurs de presse de tirer profit de ces utilisations. Ces initiatives, quoique revêtant des formes juridiques différentes selon les États membres, avaient toutes pour cible l'utilisation des contenus de presse en ligne réalisée par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information. Étaient en particulier visés les services de *Google*, son moteur de recherche et son agrégateur d'actualité[666]. Une présentation succincte de ces initiatives locales nous permettra de mieux comprendre certaines zones d'ombre entourant la proposition de droit voisin émanant de la Commission européenne, puisque celle-ci fait suite aux échecs des premières[667]. L'Allemagne est le premier État membre à avoir légiféré en la matière, en ayant introduit en 2013 un droit exclusif sur la mise à disposition, dans un but commercial, de publications, ou de parties d'entre elles à l'exception de mots isolés ou de courts extraits[668]. La loi allemande limite en outre le champ d'application de ce droit aux seuls opérateurs de moteurs de recherche ou d'agrégateurs d'information ayant une visée commerciale[669]. L'Espagne a

---

665 En ce sens, Van Eechoud M., A publisher's intellectual. Implications for freedom of expression, authors and open content policies. Research paper for OpenForum Europe, préc., p. 14 et s. ; Rappr. également Benabou V-L., Zolynski C., Cytermann L., CSPLA, Droit de la propriété literraire et artistique, données et contenus numériques, préc., p. 100 et s.

666 Rosati E., The German 'Google Tax'law : groovy or greedy ? Journal of Intellectual Property law & Practise, Vol. 8, n°7, 2013, p. 497 ; Bruguière J-M., Droits voisins des éditeurs de presse : « les voisins du troisième type », préc., p. 70.

667 European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, préc., p. 160 : V. également Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, Research Paper of the Faculty of Law, Goethe University Frankfurt am Main, n° 22, 2016, n°1 ; Strowel A., Le défi des agrégateurs d'actualités : toujours pas de réponses convaincantes. Retour sur les lois anti-Google et les arrêts *Infopaq*, *Meltwater*, et *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne, *op. cit.,* p. 124.

668 Copyright Act of 9 september 1965 (Federal Law Gazette I, p.1273), as last amended by Article 1 of the Act of 20 December 2016 (Federal law Gazette I, p.3037), art. 87 f).

669 *Ibid*., art. 87 g).

suivi peu après, tout en choisissant une voie différente mais dont l'objectif reste le même : la loi espagnole prévoit depuis 2004 une exception au droit d'auteur permettant aux agrégateurs d'information et d'actualité, tel que *Google News*, d'utiliser des extraits de contenus de presse (les moteurs de recherche ne sont pas concernés par l'exception). Cette exception est néanmoins sujette au paiement d'une compensation équitable, sans que ses bénéficiaires *i.e.* les éditeurs de presse n'aient la possibilité d'y renoncer[670]. En France, la création d'un droit voisin a également été envisagée[671], avant que l'idée ne soit abandonnée au profit d'un accord de partenariat entre les éditeurs de presse et la société *Google*[672].

295. Les initiatives allemandes et espagnoles n'ont cependant pas abouti. En Allemagne, la cible principale de la « Lex Google », la société éponyme, a en effet exigé des éditeurs de presse qu'ils lui accordent une licence à titre gratuit pour l'utilisation de leurs contenus. Les éditeurs qui ont refusé se sont vus déréférencés, ce qui a conduit à une baisse massive du trafic vers leurs sites[673]. Ces éditeurs n'ont pas non plus obtenu gain de cause sur le terrain de l'abus de position dominante : le Tribunal de Berlin, saisi d'une demande en ce sens[674], a estimé que le modèle économique de *Google* était « gagnant-gagnant » pour l'ensemble des parties prenantes, et que cet équilibre a été rompu par l'introduction du nouveau droit voisin[675]. En Espagne, le dispositif introduit devait pallier le défaut de l'approche allemande. Le système de la compensation obligatoire empêchait les éditeurs espagnols de renoncer à leur droit. *Google* a néanmoins décidé de fermer son service *Google Actualités* (le moteur de recherche n'est pas concerné par la loi espagnole), entraînant une baisse importante du trafic entrant vers les principaux journaux espagnols[676].

296. C'est dans ce contexte que la Commission européenne a décidé de porter le sujet au niveau européen. Fin 2015, sa Communication « Vers un cadre européen et plus moderne pour le droit d'auteur »[677] envisageait déjà la problématique de la protection des publications de presse et de la captation

---

[670] Xalabader R., The remenerated statutory limitation for news aggregationand search engine proposed by the spanisch governement : its compliance with international and EU law, IN3 Working Papers Series, 2014, accessible à :< http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2504596>.

[671] Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, préc., p.12; Bruguière J-M., Droits voisins des éditeurs de presse : « les voisins du troisième type », préc., p. 70.

[672] Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, préc., p.12.

[673] *Ibid*., p. 11.

[674] Landgericht Berlin 92 O 5/14, 19 février 2016, *VG Media/Google*.

[675] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°46.

[676] Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, préc., p.11.

[677] Commission européenne, Vers un cadre européen et plus moderne pour le droit d'auteur, COM (2016) 288 Final, 25/06/2016.

de la valeur par certains agrégateurs d'information[678]. L'initiative européenne s'est concrétisée dans le cadre d'une proposition de directive portant sur la réforme du droit d'auteur.

i. Des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information ciblés au regard de la finalité du droit

297. L'exposé des motifs de la proposition initiale de la Commission européenne nous renseigne sur l'objectif principal du droit voisin : il s'agit d'assurer aux éditeurs de presse que la valeur générée par l'utilisation de leurs contenus en ligne fasse l'objet d'un partage qui leur soit favorable[679]. À défaut, la Commission européenne estime que « *des répercussions négatives sur l'accès des citoyens à l'information* »[680] pourraient survenir. Sur le plan juridique, la mise en place d'un nouveau droit exclusif serait nécessaire pour permettre aux éditeurs d'exploiter plus facilement l'utilisation de leurs publications, puisque que le recours au droit d'auteur apparaît incertain[681]. Enfin, l'intervention européenne se trouverait justifiée par le caractère contreproductif d'initiatives similaires au plan national, en Allemagne et en Espagne[682]. D'une part l'échelle de ces interventions est jugée insuffisante au regard de la puissance de marché des acteurs du référencement et, d'autre part, elles risqueraient de conduire à une fragmentation du marché unique numérique concernant l'utilisation de contenus de presse en ligne[683].

298. Les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information ne sont pas expressément identifiés dans l'exposé des motifs de la proposition de directive. Il ressort cependant de la Communication de la Commission européenne« Vers un cadre européen et plus moderne pour le droit d'auteur » que les

---

[678] *Ibid*., p. 10 et s.

[679] Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, préc., p.3.

[680] *Ibid*.

[681] V. Commission européenne, Vers un cadre européen et plus moderne pour le droit d'auteur, préc., p. 11 : « *Il existe des zones d'ombre, sources de controverse et d'incertitude quant à la manière dont ces notions sont définies dans le droit de l'Union, en particulier en ce qui concerne les actes en ligne relevant de la « communication au public » (et donc soumis à autorisation par les titulaires de droits), et dans quelles conditions* ».

[682] Sur ce initiatives v. *infra*, n°299.

[683] European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, préc., p.161. Sur le caractère éventuellement infondé de cette justification et, partant, de la proposition de droit voisin, v. Ramalho A., The competence of the Eu to create a neighbouring right for publishers, Social Sciences Research Network (SSRN), 2016, accessible à https://ssrn.com/abstract=2842313. Dernier accès le 01/03/2019 ; Geiger C., Bulayenko O., Frosio G., Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law, CEIPI, Research Paper n°09, 2017 ; Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc. n°14 et s. ; Rosati E., Neighbouring Rightsfor Publishers : Are National and (Possible) EU Initiatives Lawfull ?, IIC, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 47, n° 5, 2016, p. 569.

opérateurs précités sont bien les principales cibles de l'initiative de la Commission européenne[684]. L'étude d'impact menée par cette dernière et accompagnant la proposition de directive le confirme. Pour la Commission européenne la problématique du partage de la valeur concerne principalement, bien que non exclusivement, les réseaux sociaux, les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information[685]. Enfin, la version de directive adoptée par le Parlement européen est plus claire puisque le considérant 54 décrit une opposition entre, d'une part, « *les agrégateurs d'informations ou les services de veille médiatique* » et, d'autre part, les éditeurs de presse[686]. La *ratio legis* de la proposition de droit voisin est alors claire : il s'agit d'amener ces services à partager la valeur qu'ils génèrent à partir de la consultation des liens qu'ils mettent à disposition. Si la proposition de directive n'est pas explicite sur ce point, sa genèse, ainsi que les travaux préparatoires, suffisent pour s'en convaincre.

L'étude de la structure du droit confirme également qu'il s'adresse tout particulièrement aux moteurs de recherche et aux agrégateurs d'actualité.

ii. Des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information ciblés au regard de la structure du droit

299. Pour rappel, la directive DAMUN adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2019[687], prévoit d'accorder aux éditeurs de publications de presse un droit exclusif pour l'utilisation de leurs contenus en ligne. L'article 15 crée, à cet effet, un nouveau droit de reproduction et de communication au public au profit des éditeurs de presse. L'objet de ce nouveau droit, les publications de presse, est défini à l'article 2 § 4 de la directive comme

« une collection composée principalement d'œuvres littéraires de nature journalistique, mais qui peut également comprendre d'autres oeuvres ou objets protégés, et qui :

a) constitue une unité au sein d'une publication périodique ou régulièrement actualisée sous un titre unique, telle qu'un journal ou un magazine généraliste ou spécialisé ; b) a pour but de fournir au

---

[684] Commission européenne, Vers un cadre européen et plus moderne pour le droit d'auteur, préc., p. 12 : « *Elle* [la Commission européenne] *examinera également l'opportunité de prendre des mesures spécifiques pour les agrégateurs d'informations, y compris en intervenant sur les droits* [de mise à disposition et de communication au public] ».

[685] European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, préc., p. 132 : « *This section of the IA [Impact Assesment] examines issues related to the distribution of value in the online* [...]. *It concentrates on difficulties faced by rightholders in negotiating with online services involved in the commercial reuse of copyright-protected content, in particular* [...], *social media and other online services providing access to publications* ».

[686] Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, préc.

[687] *Ibid.*

grand public des informations liées à l'actualité ou d'autres sujets ; et c) est publiée sur tout support à l'initiative, sous la responsabilité éditoriale et sous le contrôle d'un fournisseur de service ».

300. La protection est donc particulièrement large puisqu'elle porte sur n'importe quel type de contenus journalistiques sans considération pour l'agencement ou le format sous lequel la publication de presse a été diffusée à l'origine[688]. Les « *journaux quotidiens, des magazines hebdomadaires ou mensuels généralistes ou spécialisés, y compris les magazines vendus sur abonnement, et des sites internet d'information* » sont donnés à titre d'exemple. La définition de l'objet du droit lui confère ainsi, en principe, un champ d'application matériel extrêmement large : la protection s'étend à toute utilisation d'un contenu de presse. Le texte voté par le Parlement européen exclut cependant certaines utilisations qui ne relèvent pas *a priori* des activités de moteur de recherche ou d'agrégateurs de presse que ce nouveau droit voisin cherche à encadrer.

301. Aussi cette protection ne s'étend-t-elle ni aux « *publications périodiques qui sont diffusées à des fins scientifiques ou universitaires, telles que les revues scientifiques* » ni aux « *simples faits rapportés dans les publications de presse* ». L'article 15 exclut également du champ de la protection l'utilisation privée à titre non commercial des contenus de presse par des utilisateurs individuels, ainsi que les actes liés aux hyperliens ; il en va de même pour l'utilisation de mots clés isolés ou de très courts extraits d'une publication de presse.

302. Il faut déduire de la structure de ce droit qu'il a uniquement vocation à couvrir les actes de reproduction et de mise à disposition réalisés en marge des liens par les agrégateurs d'actualité et les moteurs de recherche. Les *snippets* sont à cet égard particulièrement visés[689] puisqu'ils constituent à la fois des actes de reproduction et de mise à disposition de publications de presse. Dans cette optique, la mise en œuvre du droit voisin devrait être facilitée par rapport à celle du droit d'auteur puisque les publications de presse sont protégées sans condition d'originalité. L'ampleur de la reprise n'est pas non plus un critère prépondérant puisque seuls les mots isolés sont exclus du champ d'application. Ce droit constituerait donc une limite certaine à l'activité des moteurs de recherche et des agrégateurs d'actualité en ce qui concerne le référencement des publications de presse.

303. Pourtant, l'impact que ce droit pourrait avoir sur la liberté de lier est relativement incertain. D'abord, l'article 15 dispose que l'utilisation de courts extraits reste libre. Or les *snippets* se contentent

---

[688] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°112.

[689] Franceschini L, CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publication presse, 2018.

fréquemment d'être de brèves reprises des contenus liés. Dans le même temps, si ce tempérement au droit exclusif devait systématiquement bénéficier aux *snippets*, le droit voisin serait, pour une large part, vidé de son contenu. Ensuite, l'article 15 § 3 de la proposition prévoit que les exceptions prévues par la directive 2001/29 s'appliquent *mutatis mutandis* au nouveau droit voisin. L'exception de courte citation est ainsi applicable et pourrait, en toute logique, bénéficier aux *snippets* qui en respectent les conditions d'application. La problématique est la même qu'en droit d'auteur, rien de nouveau à l'horizon. Reste à savoir si les États membres sont tenus de prévoir une telle exception ou si, au contraire, il s'agit d'une simple faculté. La dernière option est à privilégier puisque le considérant 34 du texte voté par le Parlement européen indique que les États membres devraient pouvoir soumettre le droit voisin aux mêmes exceptions que celle prévues par la directive 2001/29/CE. Il s'agirait, par conséquent, d'une liberté laissée aux États membres et non d'une obligation. Cette interprétation se situe d'ailleurs dans la droite ligne de la directive 2001/29/CE qui prévoit que l'exception de courte citation est facultative. L'utilité de créer un droit voisin d'envergure européenne doit alors être questionnée dans la mesure où son régime pourrait fluctuer en fonction des États membres, selon que ces derniers choisissent d'y intégrer, ou non, l'exception de courte citation au moment de la transposition. Enfin, d'aucuns estiment que ce droit est compatible avec la liberté de lier car les hyperliens sont *a priori* exclus de son champ d'application alors que, dans le même temps, il existerait une différence significative entre les hyperliens et les *snippets* les accompagnant[690]. Nous constaterons cependant que l'analyse doit être plus nuancée lorsque nous envisagerons l'articulation de ce nouveau droit avec la liberté de lier.

Le texte voté par le Parlement européen prévoit une autre disposition, introduite tardivement, qui vient contraindre la liberté de lier des moteurs de recherche. Il s'agit d'un mécanisme de licence obligatoire en matière de référencement d'images.

Conclusion de la section 2

304. Au plan technique, l'affichage de l'hyperlien est un moment décisif pour la liberté de lier puisqu'il est l'étape finale de création de l'hyperlien. Sur ce sujet, nous avons d'abord envisagé le régime de l'hyperlien en droit d'auteur de manière générale, avant de nous concentrer sur les particularités des liens créés par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information. Dans le premier cas, nous avons conclu que l'application du droit exclusif de reproduction ou de communication au public relève de l'exception. Effectivement, l'acte de présentation du lien ne conduit, selon nous, à aucune reproduction de l'œuvre liée. S'agissant du droit de communication au public, le régime de l'hyperlien a été construit en

690 *Ibid.*

deux temps complémentaires par la CJUE, au cours des arrêts *Svensson* et *GS Media*. Dans l'arrêt *Svensson*, la Cour a d'abord défini le statut du lien pointant une œuvre librement disponible : elle a jugé que la pose d'un tel lien n'impliquait pas d'acte de communication au public de l'œuvre liée, à défaut de communiquer l'œuvre à un nouveau public. La pose d'un lien vers une œuvre librement disponible ne suppose donc pas d'autorisation du titulaire de droit. L'arrêt *GS Media* a ensuite permis à la Cour de préciser le statut de l'hyperlien renvoyant vers une œuvre mise en ligne illicitement : selon la Cour, cet usage du lien ne porte atteinte au droit de communication au public que si le poseur de liens a connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée. Une telle atteinte devrait toutefois demeurer exceptionnelle puisque la CJUE a estimé que, en principe, le lieur n'a pas ou ne peut raisonnablement avoir connaissance de cette illicéité. Les créateurs automatiques de liens sont également soumis à ce cadre général mais certaines incertitudes demeurent en raison de la spécificité de leur activité. Ces incertitudes se concentrent autour des liens renvoyant vers des ressources illicites et autour du statut des extraits de contenus utilisés en marge des liens. Sur ce dernier point, force est de constater que la nouvelle directive DAMUN pourrait soumettre ces acteurs à un nouveau droit exclusif sur les publications de presse, limitant ainsi leur liberté de référencer de tels contenus. L'objectif d'un meilleur partage de la valeur en ligne semble être à ce prix.

Conclusion du chapitre 2

305. La confrontation de l'hyperlien au droit européen de la propriété littéraire et artistique a mis en évidence l'existence d'un statut juridique de l'hyperlien favorable à la liberté de lier. Que cela soit au stade des actes préparatoires ou au stade de l'affichage, il ressort que la pose d'un lien vers un tel objet ne requiert, en général, aucune autorisation et demeure libre. Si l'absence d'autorisation est le principe, il reste que dans certains cas particuliers, la pose d'un lien est susceptible de mettre en jeu le droit de communication au public de l'auteur. Il en découle une définition des rapports entre la liberté de lier et ses limites ponctuelles d'une grande complexité.

306. Le régime des actes préparatoires à la création de liens au regard du droit de reproduction en est le premier révélateur. En première analyse, il apparaît que l'exception pour « copie provisoire » n'a pas été à l'origine taillée pour ce type d'opération. Pour autant, sur le plan d'une analyse finaliste et contextuelle de cette exception, il semble cohérent de défendre l'idée selon laquelle les actes préparatoires à la création de liens peuvent en jouir. À l'heure actuelle, la liberté entourant les actes préparatoires à la création de liens paraît cependant précaire. À ce titre, certaines clarifications textuelles ou jurisprudentielles seraient les bienvenues.

307. Enfin et surtout, c'est dans le rapport du lien au droit de communication au public, au stade de l'affichage du lien, que cette complexité apparaît la plus marquée. Cela n'est guère surprenant : c'est principalement à l'aune du droit de communication au public que l'hyperlien a été appréhendé, sous l'effet de la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière a structuré son intervention sur la recherche d'équilibres subtils entre, d'une part, la préservation de la liberté de lier et de la liberté d'expression et, d'autre part, la protection du droit d'auteur. Il en résulte une construction dense, articulée autour de concepts qui s'avèrent délicats à manipuler : « nouveau public », « mesure restrictive », « connaissance de l'illicéité », « but lucratif », etc. Le régime des hyperliens créés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité pourrait également être bouleversé par la directive DAMUN. Ce texte, définitivement adopté par le Parlement européen, ajoute ainsi une dose de complexité au régime de l'hyperlien.

ANNEXE N°2 : Tableau de synthèse du régime de lien au regard du droit de communication au public après les arrêts *Svensson*, *GS Media* et *Ziggo* [691]

Accessibilité de l'œuvre sur Internet	**Œuvre mise en ligne avec l'autorisation des titulaires de droit**	**Intervention d'un processus automatique (moteur de recherche, plateforme etc.)**	**Intention lucrative**	**Connaissance de l'illicéité de la publication de l'œuvre liée (par exception)**	**Communication au public**	**Liberté de lier**
Librement disponible	Oui	Non			Non (*Svensson*)	Oui
Librement disponible	Oui	Oui			Non (*Svensson*)	Oui
Librement disponible	Non	Non	Non	Non	Non (*GS Media*)	Oui
Librement disponible	Non	Non	Oui	Présumée mais réfragable	Oui (*GS Media*)	Non sauf exception au droit d'auteur
Librement disponible	Non	Non	Non	Oui, par ex. en cas de notification de l'illicéité	Oui (*GS Media*)	Non sauf exception au droit d'auteur

[691] Les cellules du tableau qui sont noircies indiquent que la condition à laquelle correspond la cellule est indifférente dans l'hypothèse envisagée.

Librement disponible	Non	Oui	Condition *a priori* non déterminante en cas de processus automatisé (*Ziggo*)	Acquise si activité spécifiquement orientée vers la mise à disposition d'œuvres illicitement publiées	Oui (*Ziggo*)	Non sauf exception au droit d'auteur
Librement disponible	Non	Oui	Condition *a priori* non déterminante en cas de processus automatisé (*Ziggo*)	**Sauf notification,** plutôt non si moteur de recherche, agrégateur d'information	Probablement Non (*GS Media*, *Ziggo interprétation a contrario*)	Probablement, Oui
Restriction d'accès[692]	Oui				Oui (*Svensson*)	Non
Restriction d'accès	Non				Oui (GS *Media*)	Non

[692] Il faut rappeler que plusieurs incertitudes demeurent quant à la nature et l'efficacité de la restriction. Sur la nature : l'exception peut-elle être contractuelle ou doit-elle être une barrière technique *paywall*, protocole d'exclusion etc) ? Sur l'efficacité : la mesure technique ou la disposition contractuelle doivent-elle revêtir une forme propre à assurer leur efficacité ? Un protocole d'exclusion reste par exemple une convention technique facilement contournable par qui le souhaite.

Conclusion du titre 1

308. Le rapport de l'hyperlien au droit européen de la propriété intellectuelle conditionne nécessairement l'existence de la liberté de lier. La question était de savoir si la mise en jeu d'un droit exclusif du droit européen de la propriété intellectuelle constituait un effet de l'activité de lier, auquel cas la pose d'un lien vers une œuvre aurait en principe été soumise à l'assentiment du titulaire de droit. En cas d'incertitude sur le caractère protégeable du contenu lié, la prudence aurait également imposé au poseur de lien d'obtenir une telle autorisation. Il aurait alors fallu conclure à l'absence de liberté de lier, car selon l'expression de Maître Ronand Hardouin, « *Par définition, la nécessité d'une autorisation annihile toute référence à un quelconque principe de liberté* »[693]. Telle n'est cependant la position du droit de l'Union européenne. Au prix d'une mécanique complexe, ce dernier est en effet favorable à la liberté de lier et a même reconnu récemment le rôle essentiel de l'hyperlien dans l'exercice la liberté d'expression et d'information sur Internet.

309. S'agissant du droit des marques, tout d'abord, il a été mis en évidence qu'en dehors de circonstances particulières, confinant à l'exceptionnel, le lien naturel ne pouvait pas réunir les conditions de mise en jeu du droit de marque. De manière similaire, le créateur de liens sponsorisés a lui aussi été mis à l'abri de toute contrefaçon de marque par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google Adwords*.

310. L'appréhension de l'hyperlien par le droit européen du droit d'auteur est aussi, en principe, favorable aux poseurs dans leur ensemble, en dépit d'une complexité certaine. Cette dernière ressort particulièrement de l'application du droit de communication au public. Cette difficulté n'est pas fortuite : la notion de communication au public entretient intrinsèquement des relation ambiguës avec l'hyperlien, dont la fonction est de permettre l'accès interactif aux différents contenus de l'Internet. Comme le note d'ailleurs le professeur Vincent Varet l'hyperlien est « [s]*itué sur le fil, au jeu des qualifications, un rien peut le faire basculer d'un côté ou de l'autre* »[694] de la qualification du communication au public. D'un point de vue pratique, il était donc logique que le droit de communication au public apparaisse aux titulaires de droits comme le meilleur moyen de défendre leurs intérêts face à certains poseurs de liens. En conséquence, le contentieux en matière d'hyperlien a principalement été porté sur ce terrain. Il aboutit à un bloc de jurisprudences au travers duquel les bases du régime du lien en droit européen ont été jetées.

---

[693] Hardouin R., Lamy droit des médias et de la communication, Étude 464, la responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet.

[694] Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016, p. 604., spéc., p. 610.

Ce régime s'avère toutefois particulièrement complexe et imprévisible. À ce titre, il n'apparaît pas satisfaisant au regard de l'importance des enjeux véhiculés. L'appréhension juridique de l'hyperlien en droit d'auteur est un facteur déterminant de l'exercice la liberté d'expression en ligne ou d'un partage équitable de valeur, qui sont autant d'aspects essentiels de la société européenne de l'information. Il convient en conséquence d'opérer une appréciation critique de cette construction afin de poser les jalons d'un régime plus cohérent pour l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle.

TITRE 2. - Un statut requérant une construction plus cohérente

311. Le statut de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle peut être qualifié de favorable à la liberté de lier. Nous l'avons constaté, ce statut se conçoit essentiellement à l'aune de la jurisprudence de la Cour de justice. Plus précisément, il découle indirectement et directement des nombreuses décisions de la CJUE intervenues dans le champ de la propriété intellectuelle depuis l'avènement de l'Internet[695]. Indirectement, ce statut se déduit de l'interprétation prétorienne de certaines des « notions-cadres »[696] de la propriété intellectuelle, dans le contexte de l'Internet. Ces interprétations permettent effectivement une appréhension juridique du lien, sans toutefois lui être spécifiques. Il en va ainsi notamment des décisions portant sur « la fonction essentielle de la marque », « l'usage de la marque dans la vie des affaires », la notion « d'œuvre originale ». Directement, ce statut s'exprime au travers de décisions portant en particulier sur l'hyperlien. À cet égard, la Cour de justice a principalement appréhendé l'hyperlien par l'intermédiaire du droit de communication au public de l'auteur. C'est donc logiquement dans ce domaine du droit que les développements conceptuels autour de l'hyperlien sont les plus avancés, tout du moins en droit de la propriété intellectuelle. Dans les arrêts *Svensson* et *GS Media*, la CJUE a en effet construit un régime propre à l'hyperlien en droit d'auteur à partir de la notion d'acte de communication au public.

312. Le rôle du juge apparaît donc premier et central dans l'appréhension juridique de l'hyperlien. Toutefois, cette situation est précaire en raison de « *l'insécurité immanente du droit prétorien* »[697]. De manière générale, des interventions jurisprudentielles multiples peuvent être un obstacle à la rationalisation du droit et, partant, à l'objectif de sécurité juridique[698]. Il nous paraît en conséquence légitime d'évaluer la cohérence de l'édifice conçu par la CJUE, en particulier en raison de l'importance des enjeux qui s'y rattachent : garantir, d'une part, la protection des titulaires de droits et, d'autre part, la viabilité de l'exploitation en ligne des contenus protégés, tout en préservant la libre communication sur Internet. Dans

---

695 Sur l'importance du rôle de la CJUE dans la construction d'un cadre européen spécifique à Internet, v. Bonichot J-C, La Cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles technologies de l'information : vers une cour 2.0 ?, LPA, n°53, 2016, p. 8 ; Jääskinen N., Internet et la Cour de justice *in* Tizzano A., Rosas A., Silva de La Puerta R., Lenaerts K et Kokott J (dir.), Liber Amicorum Vassilios Skouris, 2015, Bruylant, 756 p., p. 25 ; Lenaerts K., The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014), Elte law Journal, n°1, 2014, p. 9.

696 La doctrine désigne par cette expression une notion que le législateur a volontairement laissé indéterminée, confiant ainsi au juge le soin d'en déterminer le contenu, de le faire évoluer en fonction des circonstances et des époques. V. notamment Cornu G., linguistique juridique, 3ème éd., 2005, Montchrestien, 456 p., p. 90 ; Bergel J-L, Théorie générale du droit, 2012, 5ème éd. Dalloz, coll. Méthode du droit, 399 p. n°200 ; En droit d'auteur, v. notamment Lucas A., Sirinelli P., L'originalité en droit d'auteur, La semaine juridique édition générale, n° 23, 1993.

697 Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p, p. 486.

698 Comp, *Ibid*.

cette perspective, nous constaterons qu'une construction plus cohérente du statut de l'hyperlien est nécessaire au regard de l'instabilité du régime de l'hyperlien au regard du droit d'auteur et des droits voisins (**chapitre 1**). Cette mise en cohérence, qui constituera l'objet principal des développements à suivre, nous amènera également à envisager sous un jour nouveau la protection des hyperliens par le droit de la propriété intellectuelle (**chapitre 2**).

Chapitre 1. - Une mise en cohérence nécessaire au regard de l'instabilité du régime de l'hyperlien

313. De manière imagée, le professeur Sirinelli relève que la construction élaborée par la CJUE en matière d'hyperlien a fait du droit de communication au public « *un véritable habit d'arlequin* »[699], un ensemble inutilement compliqué. À l'instar de certaines propositions, essentiellement doctrinales[700], nous montrerons que cette construction n'est pas satisfaisante pour la cohérence du droit. Nous chercherons donc à évaluer la possibilité de reconstruire le régime de l'hyperlien en droit d'auteur sur une base plus cohérente. Cette cohérence est indispensable au regard des enjeux sociaux, économiques et politiques dont l'hyperlien est le vecteur au sein de la société européenne de l'information (**Section 1**). Quoi qu'il en soit, la construction élaborée par la CJUE s'avère particulièrement favorable à la liberté de lier. Et, à l'instar du professeur André Lucas, il faut surtout observer que cette solution est extrêmement favorable aux créateurs automatiques de liens, tels les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information[701]. Elle leur permet de se soustraire aux revendications relatives au partage de la valeur[702], portées notamment par les éditeurs de presse. Les titulaires de droits sont effectivement privés « d'un argument de poids »[703], le droit d'auteur, pour négocier avec les acteurs du référencement. La proposition de directive DAMUN est intervenue dans ce contexte afin d'inverser cette logique jugée trop favorable aux grands infomédiaires. Cette proposition, nous l'avons vu, vise à faire entrer dans le champ d'un nouveau droit voisin des éditeurs de presse certains actes de référencement. Dès lors que ce nouveau droit exclusif entretient des rapports étroits avec la liberté de lier, il est nécessaire d'envisager son articulation avec le régime de l'hyperlien en droit d'auteur. La cohérence du statut de l'hyperlien dans ce domaine du droit européen en dépend en effet (**Section 2**).

314. Notre approche, au sein des développements qui suivront, sera donc à la fois critique et prospective : nous chercherons en effet à évaluer la cohérence du statut de l'hyperlien en droit européen

---

[699] V. Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, verckengaullier.com, accessible à http://www.verckengaullier.com/media/upload/gv-20161015-blog-gsmedia-vlb.pdf, dernière accès le 13/12/2018; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016 ; Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016 ; Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, European Intellectual Property Review, Vol. 39, n° 8, 2017, p. 479.

[700] V. notamment, Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016.

[701] Lucas, A., obs. sous CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, Svensson, Propr. Intell, n°51, 2014, p. 166.

[702] Sur cette problématique, v. également Sirinelli P., Hyperliens et droit d'auteur *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., p. 103, spéc., p. 112.

[703] Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016, p. 612.

de la propriété intellectuelle. Cette évaluation pourra déboucher sur des propositions de modification du droit lorsque cette cohérence demeurera introuvable.

Section 1. - La reconstruction du régime de l'hyperlien au regard du droit de communication au public

315. La jurisprudence de la CJUE en matière d'hyperlien ne marque pas, en tant que telle, une rupture dans son approche du droit d'auteur. L'activisme de la Cour dans le domaine du droit d'auteur n'est pas nouveau[704], à tel point que le professeur Valérie-Laure Benabou a décrit le phénomène comme relevant d'une « *harmonisation prétorienne à marche forcée* »[705]. Il s'est en effet avéré indispensable, pour la Cour, de combler les vides et d'ajuster le sens de certaines notions pas ou peu définies par le législateur, *a fortiori* dans un contexte de forte évolution technologique. La jurisprudence de la CJUE en matière d'hyperliens et de communication au public s'inscrit certes pleinement dans ce phénomène mais va plus loin. Elle donne l'impression que la Cour s'est laissée déborder par son propre interventionnisme, en fondant ses décisions sur des notions étrangères au droit d'auteur. Tel que cela résulte des textes européens et internationaux, elle semble avoir doublement manqué sa cible : le régime de l'hyperlien en droit d'auteur est source d'incohérences pour le poseur de liens et pour l'édifice européen du droit d'auteur (§1). Pourtant, ce régime juridique pourrait faire l'objet d'une approche plus respectueuse de ce droit et de la liberté de lier et ce, principalement à droit constant (§ 2).

§ 1. - Un régime source d'incohérences pour l'hyperlien et le droit d'auteur

316. Le critère du « public nouveau » tient une place centrale pour le statut de l'hyperlien : il est le critère qui a permis à la CJUE de valider, au niveau de l'Union, l'existence de la liberté de lier vers des contenus librement accessibles. Pourtant, ce critère ne trouve son origine dans aucun texte et semble, de ce fait, poser plus de problèmes qu'il n'en résout, tant du point de vue de statut de l'hyperlien que du droit de communication au public (A). Procédant justement des limites du critère du « nouveau public », la condition de « la connaissance de l'illicéité de la ressource liée » est, elle, en profonde inadéquation avec la logique du droit d'auteur européen (B).

---

[704] Pour une synthèse, v. Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 118.

[705] Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, Propr. Intell., 2012, n°43.

A. L'inconsistance du critère du « public nouveau » pour le régime de l'hyperlien

317. Le critère du « nouveau public » procède d'une pure création de la CJUE, en contradiction avec les textes européens et internationaux du droit d'auteur. Destiné à jouer un rôle secondaire dans la qualification d'un acte de communication au public avant l'arrêt *Svensson*, ce critère se voit désormais conférer un rôle clé. Il en découle que la validité juridique de cette approche est contestable, quand bien même le régime de l'hyperlien en droit d'auteur serait un régime spécial (1). La vacuité juridique du critère est en outre doublée d'une défaillance tant conceptuelle que pratique (2).

1° Un critère contraire au droit international et européen du droit d'auteur

318. La notion de « nouveau public » fut développée pour la première fois par l'avocat général La Pergola dans l'affaire *Egeda*[706] et relève d'une approche économique du droit d'auteur[707]. Selon l'avocat général, le droit de communication au public doit avoir pour objet d'appréhender chaque exploitation distincte de l'œuvre réalisée dans un but lucratif[708]. Plus précisément, le titulaire de droits doit pouvoir maîtriser chaque marché distinct sur lequel l'œuvre est exploitée[709]. Le critère du nouveau public doit alors servir à apprécier l'existence d'un marché distinct visé par la communication seconde par rapport à la communication initiale. La CJUE a, quant à elle, repris cette notion à son compte pour la première fois dans l'arrêt *SGAE*[710]. La Cour y a en effet jugé que, conformément à l'article 11 bis al. 1 ii) de la Convention de Berne, une communication secondaire réalisée par un organisme différent de celui ayant effectué la communication initiale, et donc adressée à un public distinct, entrait dans le champ du droit exclusif de communication au public. Or en vérité, l'article 11 bis al. 1 ii) précité énonce uniquement que le droit exclusif porte sur « *toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine* ». La notion du nouveau public est étrangère à la Convention de Berne : son ajout par la CJUE résulte en fait

---

706 CJCE, aff. C-293/98, *Egeda*, conclusions de l'avocat général La Pergola, 9 septembre 1999.

707 Pour la genèse détaillée de ce critère, v. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016.

708 CJCE, aff. C-293/98, *Egeda*, conclusions de l'avocat général La Pergola, préc., points 24 et 26.

709 Sur la théorie du nouveau public en droit d'auteur, v. notamment Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p.104 ; Hugenholtz B., Van velze S., Communication to a new public ? Three reasons why EU copyright law can do without a « new public », International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 47, n° 7., p. 797.

710 CJCE 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE*, Rec. p. I-11519, points 40 à 42.

d'une mauvaise utilisation d'un guide interprétatif de la Convention élaboré par l'OMPI[711]. Au regard du texte de la Convention, seule compte, pour apprécier l'existence d'une communication donnant prise au droit exclusif, la condition que cette communication soit effectuée par un autre organisme que celui d'origine.

319. Avant l'arrêt *Svensson*, cette erreur d'interprétation de l'article 11 bis al. 1 ii) précitée était atténuée par le fait que le critère du « nouveau public » semblait uniquement servir de justification à l'application du droit de communication au public[712]. Autrement dit, l'interprétation erronée de la CJUE était sans impact sur la portée du droit de communication au public. De ce point de vue, l'arrêt *Svensson* opère une transformation radicale[713] : la notion de « nouveau public » devient un critère limitant l'application du droit de communication au public sur Internet. À ce titre, ce critère s'oppose à la lettre et à l'esprit de la Convention de Berne puisqu'il modifie substantiellement la définition du droit de communication au public, sur Internet à tout le moins.

320. Il est vrai que la Convention de Berne ne lie pas directement l'Union européenne car elle n'en est pas membre. En revanche, certaines dispositions de la Convention font indirectement partie de l'ordre juridique européen au titre du Traité OMPI sur le droit d'auteur et de l'Accord ADPIC. Ces deux traités internationaux prévoient respectivement en leur article 1 § 4 et 9, que les signataires doivent se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne. À cet égard, le contenu de l'article 11 bis al. 1 ii) de la Convention de Berne fait partie intégrante de l'ordre juridique européen et il devrait lier la CJUE dans son interprétation du droit de communication au public. La Cour de justice l'a d'ailleurs affirmé en matière de droit d'auteur, notamment dans l'arrêt *Luksan*[714]. Il s'en suit que le critère du « public nouveau » est en principe incompatible avec le droit international du droit d'auteur et avec le droit de l'Union européenne auquel ce dernier est intégré.

---

[711] ALAI, Avis proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, 2014 ; Von Lewinski S., Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 782 ; Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016.

[712] V. notamment, CJCE 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE*, préc, points 40 à 42 ; CJUE 18 mars 2010, aff. C-136/09, *Organismos*, Rec. p. I-0003, point 38 ; aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a*, Rec p. I- 0908, points 198 et 199.

[713] ALAI, Avis proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), préc.

[714] CJUE 9 février 2012, aff. C-277/10, *Luksan*, Rec. général, point 59.

321. Le critère du « nouveau public » est également largement critiqué en ce qu'il poserait les premiers jalons d'un épuisement du droit de communication au public[715]. Il est vrai que certains auteurs considèrent qu'une fois que le titulaire a autorisé la mise en ligne de l'œuvre en libre accès, il n'est plus en mesure de contrôler les communications subséquentes réalisées *via* le lien. En ce sens, la logique du « nouveau public » s'apparenterait à un épuisement du droit de communication au public proscrit par le droit européen[716] et international[717] du droit d'auteur.

322. On objectera néanmoins que dans le détail les deux logiques ne sont pas exactement conformes, sauf à vider de son sens la théorie de l'épuisement des droits. En effet, le critère du « nouveau public » appliqué à l'hyperlien « *ne remet pas en cause l'existence du droit de communication au public, mais son application à un certain moment, à certains destinataires* »[718]. Les titulaires de droits peuvent d'ailleurs reprendre la main sur leur droit exclusif en limitant l'accès à leur œuvre, ainsi que le prévoit l'arrêt *Svensson*. Cette approche dynamique des mesures de restriction sera d'ailleurs confirmée dans l'arrêt *GS Media*. La CJUE y a précisé que le lien ne communique pas une œuvre en ligne à un public nouveau « *dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible* »[719]. Plus simplement, le critère du nouveau public appliqué à l'hyperlien n'épuise pas le droit de communication au public, puisque l'auteur peut décider de mettre fin à la communication de son œuvre par l'hyperlien en retirant cette dernière du site d'origine. La Cour a expressément souligné dans le récent arrêt *Renckhoff* que, de ce fait, l'hyperlien ne remettait pas en cause l'exercice du droit de communication au public[720].

2° Un critère globalement défaillant

323. Outre sa contrariété au droit international, le critère du nouveau public s'avère également difficilement manipulable. Il est en effet théoriquement mal fondé (a) et, par conséquent, difficile à appliquer (b).

---

[715] V. notamment, Treppoz E., Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international, RTD Eur., 2015, p. 965 ; Lucas, A., obs. sous CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson*, Propr. Intell, n°51, 2014, p. 166 ; Dormont S., La liberté de créer un lien hypertexte, commentaire de l'arrêt CJUE, 13 février 2014, Svensson c/ Retriever Sverige AB, Propr. Intell., n°52, 2014, p.234.

[716] V. article 3 § 3 de la directive « InfoSoc » ; V. également CJUE 7 mars 2013, aff. C-607/11, *ITV Broadcasting* e.a, Rec. général, points 23.

[717] Traité OMPI sur le droit d'auteur, art. 6.2.

[718] Karapapa S., The requirement for a new public in EU Copyright Law, European Law Review, n°1, 2017, p. 75 (traduction libre) ; *Contra*. Mezei P. Enter the matrix : the effect of the CJUE's case law on linking and streaming technologies, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 11, n°2, 2016, p. 778.

[719] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, préc., point 42.

[720] CJUE 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff,* Rec. général, point 44.

a) Une défaillance théorique

324. D'abord, il conveint d'observer que le critère du nouveau public est, en tant que tel, conceptuellement vicié. Ce critère, nous l'avons vu[721], repose sur le présupposé que chaque exploitation indépendante d'une œuvre implique un nouveau marché et donc un nouveau public. Or cette prémisse est fausse : il est évident que différentes exploitations économiques d'une œuvre peuvent avoir lieu auprès du même public, *a fortiori* sur Internet où les canaux de diffusion sont multiples[722]. Le constat dressé par le professeur Siiriainen est alors on ne peut plus juste : « *Le public nouveau n'est qu'un critère maladroit qui vise en réalité l'intervention d'un exploitant pour son propre public* [qui peut être physiquement le même que celui de la communication initiale] »[723]. Il y a en effet, en ce cas, apparition d'un nouveau marché d'exploitation de l'œuvre. Or pour qu'une telle exploitation advienne lors de l'usage d'un lien, il suffit théoriquement que le poseur de liens s'interpose entre le public et la communication initiale[724]. À l'instar de Frédéric Sardain[725], il faut considérer que cela sera le cas lorsque le lien adresse l'œuvre liée à un public que le titulaire de droits n'est pas en mesure de prendre en compte. Les liens transclusions seraient, à cet égard, particulièrement concernés.

325. L'application du critère du « nouveau public » à l'hyperlien, par la CJUE, est également tout à fait artificielle : une conception unitaire du public de l'Internet ne tient pas compte de la réalité sociologique de celui-ci[726]. Effectivement, le critère du « nouveau public », tel qu'envisagé par la Cour, fait l'économie d'une analyse réaliste de l'écosystème de l'Internet. Comme le note avec justesse le professeur Benabou, le marché publicitaire en ligne, dans lequel le public est ciblé et différencié par les annonceurs en fonction de ses habitudes de consommation, montre bien que le public de l'Internet peut être fragmenté[727]. Il en découle que, dans la pratique : « *Le public est certes virtuellement indifférencié mais l'internaute ne passe*

---

[721] V. *supra*, n°333.

[722] V. Hugenholtz B., Van velze S., Communication to a new public ? Three reasons why EU copyright law can do without a « new public » ; en matière d'hyperlien, préc. ; Gaudrat Ph., Zollinger A., Droits des auteurs.-règles générales. Droit de représentation, JCL Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1242, n°39, 40 et 113.

[723] Siiriainen F., Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » *in* Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 147.

[724] Rappr. Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Comm.com.électr. n°6, étude 21, 2005 ; Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, préc., n°24.

[725] *Ibid*.

[726] Contra. Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, préc., n°20.

[727] Benabou V-L., Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, 2014, Juriscom.net.

pas par hasard devant un contenu ; il s'y rend par diverses voies et le contrôle de ce cheminement est décisif pour le modèle d'affaires des sites »[728].

326. Le droit international privé tend d'ailleurs à reconnaître le caractère distinct des publics de l'Internet[729] à travers la méthode de « la focalisation » ou de « l'activité dirigée »[730]. Selon cette méthode, vouée à fixer la compétence judiciaire en cas de litiges internationaux, une communication sur Internet ne cause un dommage dans un pays que si certains indices permettent d'établir que ladite communication était destinée au public de ce pays[731]. Cette méthode conduit donc bien à établir l'existence de publics distincts sur Internet en fonction de la cible du site Internet litigieux. Or la CJUE a pu adopter une approche similaire en droit de la consommation[732] et, occasionnellement, dans le domaine de la propriété littéraire et artistique[733]. D'ailleurs, la CJUE semble avoir pris acte de cette réalité pour qualifier l'acte de communication au public en droit d'auteur à l'occasion du récent arrêt *Renckhoff*[734]. Dans ce dernier, la Cour a estimé que la mise à disposition sur un site Internet, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, d'une œuvre préalablement communiquée sur un autre site Internet communiquait l'œuvre à un public nouveau[735]. Dans l'esprit de la Cour, il semble que, dans ce cas, l'indépendance des diffusions permet de déduire l'existence de deux publics d'exploitation distincts. La conception unitaire du public de l'Internet retenue par la Cour dans l'arrêt *Svensson* serait donc propre à l'hyperlien[736] et, à ce titre, assez artificielle.

327. En niant l'existence de publics distincts sur Internet, le critère du « nouveau public » appliqué à l'hyperlien s'apparente ainsi à la technique de la fiction juridique[737]. La CJUE postule en effet la réalité

---

[728] *Ibid*.

[729] Treppoz E., Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international, préc.

[730] Cachard O., Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation, RLDI, n°17, 2010.

[731] Lucas A., JCL Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1911, Droit International.- Droit commun.- Règles de conflit de lois. Règles directement applicables, 2017, n°54 ; Azzi T., La compétence judiciaire, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 181.

[732] CJUE 7 décembre 2010, aff. jtes C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Hotel Alpenhof*, Rec. p. I-12527, point 80 et s.

[733] CJUE 18 octobre 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco*, Rec. général., points 36 et 39 ; CJUE 21 juin 2012, aff. C-5/11, *Donner*, Rec. général, point 28.

[734] Mais n'est ce pas alors admettre qu'il existe plusieurs publics sur Internet ?

[735] CJUE 7 août 2018, *Renckhoff*, préc., point 35.

[736] Benabou V-L., Arrêt Cordoba. Droit de communication au public. Canicule. Puis, redescente des températures, vlbenabou.blog, 2017. Accessible à : https://vlbenabou.blog/2018/08/17/arret-cordoba-droit-de-communication-au-public-canicule-puis-redescente-des-temperatures/ . Dernier accès le 01/03/2019.

[737] Rouvière F., Critique des fonctions et de la nature des fictions *in* Caire A-B., Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions, 2015, Colloques, Clermont-Ferrand, Centre Michel l'Hospital, L.G.D.J, 198 p.

d'un fait inexistant[738], en l'occurrence l'universalité du public de l'Internet lorsque l'œuvre est librement accessible, pour établir que la communication au public n'est pas un effet de l'activité de lier. L'objectif de la fiction du « nouveau public » est toutefois louable : il s'agit de garantir une liberté de lier respectueuse de la protection du droit d'auteur et son économie interne. De plus, sous un angle pratique, l'application du critère du « nouveau public » à l'hyperlien est objective et, partant, gage de simplicité : le public des internautes constitue un public universel, pour autant que l'œuvre mise en ligne soit librement accessible. L'opération de qualification est alors binaire : soit l'œuvre est librement accessible et il n'y a pas de public nouveau, soit elle ne l'est pas et son public est alors nécessairement nouveau. Il n'y a donc *a priori* pas besoin d'entrer dans des considérations complexes et d'infinies subtilités pour identifier le public réel d'une œuvre liée en fonction du type de liens et/ou du contexte de sa création[739]. De ce point de vue, le critère du « nouveau public » pourrait être défendu comme appartenant à la catégorie des fictions « utiles »[740].

Toutefois, en y regardant de plus près, la simplicité du régime de l'hyperlien en rapport avec le critère du « nouveau public » n'est qu'apparente. Son application s'avère effectivement particulièrement délicate.

b) Une défaillance quant à son applicabilité

328. Le critère du « nouveau public » est défaillant au plan pratique principalement car la notion de « libre accessibilité de l'œuvre » est en effet peu définie par la CJUE. Il s'agit pourtant d'un élément crucial en ce qu'il permet à l'interprète de déterminer l'existence ou non d'un « nouveau public ». Dans l'arrêt *Svensson*, la Cour pose certes que des mesures restreignant l'accès à l'œuvre réduisent d'autant la portée du public pris en compte par le titulaire de droits. Un lien qui communiquerait l'œuvre en dépit de ces restrictions adresserait donc l'œuvre à un nouveau public. En revanche, rien n'est dit par la Cour sur la nature ou l'efficacité de ces mesures[741]. De manière similaire, comment faut-il considérer un lien vers une œuvre mise en ligne sans l'autorisation des titulaires de droits alors qu'il l'est à l'occasion d'un usage licite ? Cela pourrait notamment être le cas si l'œuvre est publiée en ligne dans le cadre d'une exception

---

[738] Sur la définition et le mécanisme de la fiction, v. *Ibid*, n°15 et 17 : la fiction est « *un procédé dérogatoire de mise en œuvre extensive des qualifications par postulation des éléments de fait nécessaires à leur application* ». Elle fonctionne « par l'affirmation d'un fait existant ou la négation d'un fait avéré ».

[739] On retrouve finalement les critiques classiques adressées à la théorie de la focalisation en matière de détermination de la compétence judiciaire. V. notamment Azzi T., La compétence judiciaire, préc, p. 183.

[740] Bergel J-L, Le rôle des fictions dans le système juridique, Revue de droit de MacGill, Vol. 33, 1988, p. 358.

[741] Sur ce point v. *supra*, n°221.

au droit d'auteur[742]. Y aurait-t-il, dans cette hypothèse, un « nouveau public » ? À l'instar du professeur Benabou, nous pensons qu'est difficilement concevable qu'un lien vers une œuvre mise en ligne lors d'une utilisation licite ne puisse être lui-même licite. Il semble en effet logique d'estimer qu'un tel lien ne saurait être « *couvert par un droit exclusif puisque précisément ce droit n'est pas opposable à la première mise en circulation de l'œuvre diffusée au bénéfice de l'exception* »[743]. Pour autant, au plan conceptuel, le public ayant accès à l'œuvre du fait du lien n'a pas été pris en compte par le titulaire de droits. Enfin, le critère du « nouveau public » semblait imposer, sur le fondement d'une interprétation *a contrario*, l'illicéité d'un lien posé en contrefaçon du droit de communication au public. Cette issue étant pourtant *de facto* incompatible avec la liberté de lier, la CJUE a tempéré la portée du critère du « nouveau public » dans l'arrêt *GS Media*. Pourquoi alors la Cour a-t-elle élaboré un critère dont elle pouvait logiquement présumer qu'il serait très rapidement dépassé ? il ne semblait pourtant pas hors de portée des juges européens d'anticiper sur le sort des liens vers des œuvres illicites, tant la pratique est courante sur Internet. Cette dernière observation est symptomatique des nombreuses incertitudes entourant le critère du « nouveau public », incertitudes propres à remettre en cause la sécurité juridique du régime de l'hyperlien.

Cela est d'autant plus dommageable que, pour pallier certaines des défaillances de ce critère appliqué aux hyperliens, la Cour a élaboré un second critère tout aussi inconsistant que le premier : le critère de la connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée.

B. L'inconsistance de la condition de connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée

329. La condition de la connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée a été conçue par la CJUE comme un remède à l'application rigoureuse du critère du « nouveau public ». Cette condition est cependant fragile et instable tout à la fois sur le plan théorique et pratique. Elle a pour conséquence de déformer inutilement la structure du droit européen du droit d'auteur. Elle engendre en effet une dénaturation profonde de l'acte de communication au public en soumettant son appréciation à un élément subjectif : la connaissance de l'illicéité (1). L'introduction de cet élément subjectif conduit en outre à penser que la CJUE a *de facto* procédé à une sorte d'harmonisation européenne de la responsabilité indirecte du poseur de liens, en marge

[742] Benabou V-L., Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, préc. ; Vercken G., Référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle, in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 161.
[743] *Ibid*.

des textes européens (2). Enfin, cette critique théorique se double d'une critique pratique : ce nouveau critère de qualification est loin de lever toutes les ambiguïtés entourant le régime de l'hyperlien (3).

1° La dénaturation de l'acte de communication au public par sa subjectivation

330. Dans l'arrêt *GS Media*, afin d'apprécier l'existence d'une communication dans le cas où un lien renverrait vers une œuvre diffusée illicitement, la CJUE a souhaité distinguer selon que le poseur de lien avait connaissance ou non de cette illicéité[744]. Ainsi, la pose d'un tel lien ne sera constitutive d'un acte de communication au public que si le poseur de liens savait ou aurait dû avoir connaissance de l'illicéité de la communication initiale, ce qui sera présumé en cas d'intention lucrative. La Cour fait donc dépendre l'acte de communication au public d'un élément subjectif : l'intention ou non du poseur de liens, de diffuser une contrefaçon. Or la prise en compte de l'intention de l'auteur de l'acte de communication était jusqu'alors une condition étrangère à la qualification de communication au public tant en droit international du droit d'auteur qu'en droit européen[745]. Le droit exclusif porte en effet sur un acte relatif à l'utilisation de l'œuvre et à sa réception par un public, ce qui constitue un fait objectif[746]. À ce titre, il est étrange de faire dépendre l'existence de ce fait objectif d'un élément qui lui est extérieur. Tel est d'autant plus le cas que, dans le régime de l'hyperlien dessiné par la CJUE, cet élément est un élément subjectif : la conscience que l'auteur de l'acte de communication au public a, ou non, d'être à l'origine de cet acte[747]. La CJUE défie ici les lois de la logique.

331. Ce changement de paradigme aboutit d'ailleurs à une situation ubuesque du point de vue du régime de l'hyperlien : un lien vers une œuvre en libre accès communique l'œuvre à un public (certes sans aboutir à une nouvelle exploitation de l'œuvre à défaut de public nouveau) alors qu'un lien posé de bonne foi vers une œuvre publiée illicitement ne constitue pas une communication au public... Une contradiction, plus forte encore, est celle qui touche la nature du propriétaire du droit d'auteur[748], nature que la CJUE a d'ailleurs expressément affirmée[749]. Comme le relève le professeur Varet, au plan théorique, un droit de

---

[744] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media,* préc., points 47 à 51.

[745] Davies G., Caddick N., Harbottle G., cités par Rosati E., GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, Common Market Law Review, Vol. 54, n°4, 2017, p.1237.

[746] Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc.

[747] Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016, p. 608.

[748] Sur ce point, v. notamment Vivant M., Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété, Propr. Intell., n° 23, 2007, p. 193.

[749] CJUE 12 septembre 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken*, Rec. p. I-08089, point 65.

propriété « *dont le respect dépend de la conscience qu'a, ou non, le tiers d'y porter atteinte* », est un droit de propriété bien curieux[750].

En vérité, il semble que la Cour de justice ait procédé à la mise en place d'un régime *ad hoc* de responsabilité limitée du fait d'un lien renvoyant vers une œuvre illicitement mis en ligne.

2° Une harmonisation forcée de la responsabilité du fait du renvoi vers une œuvre illicite

332. Étrangère au droit d'auteur, la condition « de la connaissance de l'illicéité » entretient en revanche une proximité certaine avec le régime de responsabilité limitée des hébergeurs inscrits à l'article 14 de la directive sur le commerce électronique[751]. Dans le cas du poseur de lien comme dans celui de l'hébergeur, la mise en jeu de la responsabilité sera fonction de la connaissance qu'ils ont, ou non, de l'illicéité de la publication initiale. Dans les deux régimes, celui du poseur de lien ou celui de l'hébergeur, il est admis que cette connaissance de l'illicéité peut résulter soit d'une notification de l'illicéité (connaissance effective[752]), soit des circonstances de l'illicéité (connaissance construite[753]). Le régime du lien renvoyant vers une œuvre diffusée illicitement s'apparente alors à une sorte de régime de responsabilité pour faute spéciale, caractérisée par la connaissance de l'illicéité, sur le modèle de la responsabilité limitée des intermédiaires de l'Internet.

333. Inéluctablement, ce régime se rapproche alors, au plan conceptuel, du système de responsabilité indirecte pour contrefaçon. Cette dernière porte, en effet, sur la responsabilité d'une personne du fait d'une contrefaçon réalisée par un tiers et non du fait d'un acte de contrefaçon directe[754]. Autrement dit, elle

---

[750] Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 608.

[751] En ce sens, Sirinelli P., Le régime juridique d'un hyperlien conduisant à un contenu illicite selon la CJUE, Dalloz IP/IT, 2016, p.543.

[752] Sur le caractère effectif de la connaissance, v. CJUE 8 septembre 2016, GS Media, préc : « *Lorsqu'il est établi qu'une personne[...] par exemple en raison du fait qu'elle en a été avertie par les titulaires du droit d'auteur* » ; v. également l'article 14 1 a) de la directive sur le commerce électronique : « *le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite* ».

[753] Sur le caractère structurel de la connaissance, v. CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media, préc., point 51 ;« *lorsque le placement de liens hypertextes est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertextes* »; V. également l'art. 14 1 a) de la directive sur le commerce électronique : « *n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente* » ; Par ailleurs, dans le domaine du droit d'auteur la portée de la connaissance structurelle sera approfondie dans l'arrêt *Ziggo* pour englober des éléments autres que le caractère lucratif.

[754] Angelopoulos C., AG Szpunar in Stichting Brein v Ziggo : An Indirect Harmonization of Indirect Liability, Kluwer Copyright Blog, 2017, accessible à : http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/03/23/ag-szpunar-stichting-brein-v-ziggo-indirect-harmonisation-indirect-liability/ dernier accès le 01/03/2019.

concerne la responsabilité de la personne qui facilite la contrefaçon, sans la réaliser elle-même. Cette responsabilité requiert une faute de la personne facilitant la contrefaçon, qui se déduit généralement de la connaissance du caractère contrefaisant de l'acte de communication initial (l'auteur de l'acte avait-il conscience de faciliter l'atteinte à un droit exclusif). La responsabilité directe du contrefacteur résulte, quant à elle, d'un acte objectif[755]. Elle tient uniquement à l'existence du fait contrefaisant sans qu'aucune faute ne soit nécessaire à sa qualification (l'acte en cause est-il ou non constitutif d'une atteinte à un droit exclusif ?). En l'absence d'harmonisation de la responsabilité indirecte, la CJUE ne pouvait cependant pas appliquer directement ce régime aux liens renvoyant vers une source illicite[756]. Le risque était alors qu'une absence de réponse européenne sur ce plan ne conduise à une fragmentation du marché intérieur du fait d'approches nationales divergentes[757]. Dans ce contexte, la CJUE a alors choisi d'interpréter ce qui a déjà été harmonisé *i.e.* le droit de communication au public, de manière à y inclure des actes relevant conceptuellement de la sphère de la responsabilité indirecte[758]. Le régime du lien renvoyant vers une diffusion contrefaisante amène alors à penser que la CJUE s'est livrée à une sorte d'harmonisation détournée et forcée de la responsabilité indirecte du fait dudit lien[759].

334. Il en découle un bouleversement et un brouillage conceptuel, tant du droit de communication que du champ de la responsabilité indirecte. Il est en conséquence à craindre que surgissent des difficultés et des dissensions lors de l'application de la condition de « connaissance de l'illicéité » par les juridictions nationales. Cela est d'autant plus vrai que cette construction prétorienne est loin de clarifier entièrement le statut de l'hyperlien en droit d'auteur. La condition de la « connaissance de l'illicéité » est en effet une source de complexification du statut de l'hyperlien.

---

[755] V. *supra*, n°340.

[756] Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, préc.

[757] Comp. CJUE aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général, conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar, 8 février 2017, point 3, à propos de l'absence d'harmonisation de la responsabilité indirecte : « *Une telle approche ferait cependant dépendre cette responsabilité, et en définitive l'étendue des droits appartenant aux titulaires, des solutions, très divergentes, retenues dans différents systèmes juridiques nationaux. Or, cela mettrait à mal l'objectif de la législation de l'Union dans le domaine du droit d'auteur, relativement abondante, qui est justement d'harmoniser l'étendue des droits dont jouissent les auteurs et les autres titulaires au sein du marché unique. C'est la raison pour laquelle la réponse aux problèmes soulevés par la présente affaire doit, selon moi, être cherchée plutôt en droit de l'Union* ».

[758] Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, préc n°22.

[759] En ce sens, Angelopoulos C., Hyperlinks and copyright infrigement, Cambridge Law Journal, 2017, p.35 ; Savola P., EU Copyright Liability for Internet Linking, JIPITEC, Vol. 8, n°2, 2017, p.139, n°22 et s ; Angelopoulos C., AG Szpunar in Stichting Brein v Ziggo, préc. ; Angelopoulos C., 'CJEU Decision on *Ziggo*: The Pirate Bay communicates works to the public', Kluwer Copyright Blog, 2017, accessible à : http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/. Dernier accès le 01/03/2019.

3° La portée incertaine d'une responsabilité assujettie à condition de la « connaissance de l'illicéité »

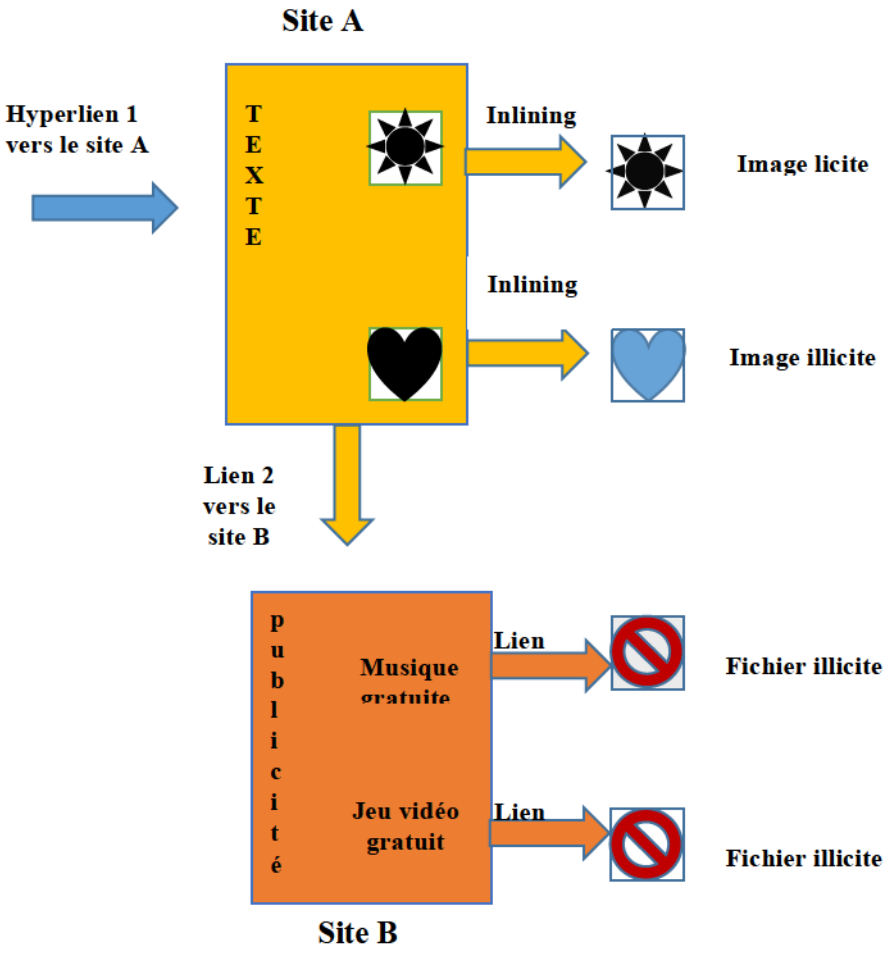
335. La condition de la « connaissance de l'illicéité » soulève plusieurs difficultés d'interprétation. La plupart d'entre elles ont été partiellement analysées au cours des développements précédents, à l'instar de la notion « d'intention lucrative » et de la notion de « connaissance de l'illicéité ». Il reste encore une dernière question largement ouverte, relative à l'étendue de la responsabilité du fait de la page liée[760].

336. Cette question implique de déterminer la proximité nécessaire entre l'œuvre illicite et le lien pour que ce dernier réalise une communication au public (on admettra que le poseur de lien avait connaissance de l'illicéité) : le lien doit-il renvoyer à l'œuvre illicite directement ou suffit-il qu'il renvoie à la page web sur laquelle un telle œuvre se trouve (sachant que cette page pourrait également contenir des œuvres licites) ? Ou, suffit-il qu'il renvoie au site sur lequel se trouve l'œuvre, dans sa globalité ? Se pose en outre la question du sort d'un lien renvoyant vers un site contenant lui-même des liens ciblant des œuvres mises en ligne illicitement. Ces interrogations ne relève pas de cas d'école, de raisonnements confinant à l'abstraction théorique. La situation décrite correspond au modèle même du web : un entrelacs d'hyperliens renvoyant les uns vers les autres. À titre d'illustration, il est possible d'envisager un site qui pointerait vers une ferme de liens renvoyant vers des contenus diffusés illicitement. Cela pourrait être le cas de l'une des pages personnelles d'un utilisateur d'un réseau social ou encore un article de presse qui souhaiterait évoquer le piratage en ligne. Cette hypothèse peut évidemment se complexifier en fonction de l'étendue de la chaîne de liens : dans quelle mesure le premier lien de la chaîne peut-il être qualifié de communication au public ? Peut-il l'être dans le cas où les liens présents sur le site vers lequel il renvoie ne le sont pas (par exemple si ces liens ont été fournis en l'absence de connaissance de l'illicéité du contenu lié) ? Complexifions encore : quelle devrait être la qualification à retenir lorsque la page web liée comporte à la fois des hyperliens vers des sources licites et des hyperliens vers des sources illicites ? Cela peut, par exemple, être le cas d'un site comme *YouTube*, qui héberge à la fois des clips officiels et des clips repris par les internautes[761]. Le schéma ci-dessous, inspiré de celui proposé par Pekka Savola illustre l'ensemble de cette problématique.

---

[760] Savola P., EU Copyright Liability for Internet Linking, préc., n°25 et s.

[761] Vercken G., Référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle, in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 162.



337. Dans la figure ci-dessus, il faut se demander, par exemple, se demander si *l'hyperlien 1* renvoyant vers le *site A* réalise un acte de communication au public de *l'image illicite* alors que c'est l'ensemble du site A qui est pointé. Il faut également chercher à savoir si ce même hyperlien réalise une communication au public des œuvres ciblées par le *site B*, par l'intermédiaire du *lien 2*, posé par le *site A*. L'arrêt *GS Media* ne permet pas véritablement de répondre à ces questions. La CJUE semble en effet tantôt raisonner comme si le lien devait spécifiquement renvoyer à l'œuvre[762], tantôt en référence au contexte plus large du site sur lequel les œuvres ont été publiées[763]. Au vu de la structure générale de l'arrêt, et spécifiquement du point 51, nous pouvons néanmoins supposer que la Cour visait bien l'hyperlien vers le site sur lequel l'œuvre est publiée mais uniquement ce dernier. Il ne serait donc pas nécessaire que le poseur de liens se penche sur la validité des liens émanant du site vers lequel il renvoie[764].

[762] CJUE 8 septembre 2016, *GS Media,* préc., points 40, 41, 43, 47, 49.
[763] *Ibid*., point 46 et 51.
[764] Savola P., EU Copyright Liability for Internet Linking, préc., n°35 et s.

338. Ces nombreuses incertitudes sont le reflet de l'instabilité et de l'inefficacité relative du régime de l'hyperlien en droit d'auteur, dont il découle une insécurité juridique patente. Ayant pour origine un mésusage de la notion de communication au public, ce régime aboutit également à sacrifier la cohérence du droit d'auteur européen. L'ensemble de ces raisons tend à remettre en cause la viabilité d'un régime prétorien dont l'économie générale est favorable à la liberté de lier. Cette liberté laissée aux différents poseurs de liens est d'ailleurs, à n'en pas douter, à l'origine de la proposition de la Commission européenne visant à instaurer un nouveau droit voisin des éditeurs de presse, afin de contrôler l'utilisation que les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information font de leur contenu en ligne.

Il nous faut donc désormais envisager la mise en cohérence de ce régime, tant au regard du droit positif que de propositions relevant d'une approche prospective.

§ 2. - Un régime susceptible d'une approche plus respectueuse du droit d'auteur et de la liberté de lier

339. L'objectif est ici d'envisager un régime permettant d'articuler l'hyperlien avec le droit de communication au public de manière cohérente, autrement dit sans avoir recours aux critères du « nouveau public » et de « connaissance du caractère contrefaisant de la communication initiale ». Ce régime devra respecter l'équilibre entre le principe de liberté de lier et la protection des intérêts des auteurs puisqu'il s'agit de la finalité que la Cour s'est efforcée d'atteindre en élaborant le régime de l'hyperlien en droit d'auteur. Nous n'aurions donc aucune légitimité à nous éloigner de cette finalité. Notre étude est en effet une étude explicative et critique du droit positif ; elle n'a pas vocation à faire œuvre de pure politique juridique[765]. En revanche, à l'inverse de nos développements précédents dont la portée était descriptive et explicative, il s'agira de porter « un regard prescriptif et normatif » sur le droit positif[766] applicable à l'hyperlien.

340. Les tentatives doctrinales prônant cette approche sont d'ores et déjà nombreuses[767] et nous nous inscrirons donc dans leur sillage. Selon une première approche, il est possible de rendre cohérent le régime

[765] Sur les dangers d'une telle approche, v. Barraud B., La recherche juridique. Science et pensées du droit, 2016, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 550 p. spéc., p. 231 et s.
[766] *Ibid*., p. 73.
[767] V. notamment, Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, verckengaullier.com

de l'hyperlien en admettant la prédominance du droit de communication au public sur l'activité de lier, tout en réservant, par exception, un espace de liberté à cette dernière. Cette solution, quoique pleinement satisfaisante sur le plan de la cohérence, nous semble néanmoins devoir être écartée (A). Elle est en réalité incompatible avec la substance du droit positif. L'étude de ce dernier a montré que la mise en jeu du droit de communication au public ne peut être, par principe, un effet de l'activité de lier. À cet égard, il nous semble important d'opérer une révision du régime de l'hyperlien qui soit compatible avec le principe de liberté de lier. Cette approche requiert l'élaboration d'un régime au sein duquel la qualification de l'hyperlien comme acte de communication au public soit la plus restreinte possible (B).

A. L'impossibilité d'un régime de liberté reposant sur la prééminence du droit de communication au public

341. Dans cette première hypothèse, le problème de la cohérence est réglé en établissant que l'activité de lier débouche nécessairement sur un acte de communication au public dès lors que sont mis à l'écart les critères de qualification développés par la Cour de justice dans les arrêts *Svensson* et *GS Media* (1). Pour les tenants de cette solution, la liberté de lier pourrait néanmoins être préservée. Différents mécanismes juridiques permettraient en effet de composer un équilibre entre le droit exclusif et l'intérêt des utilisateurs d'objets protégés. Dans le cas de l'hyperlien, ces mécanismes s'avèrent cependant inefficaces à opérer une telle conciliation (2).

1° Une approche impliquant de reconnaître l'hyperlien per se comme acte de communication au public

342. Selon cette approche, une fois évincée le critère du public nouveau, l'activité de lier doit nécessairement s'analyser en une communication au public par mise à disposition de l'œuvre[768]. Dans la lignée de la Cour de justice dans l'arrêt *Svensson*, d'aucuns soutiennent en effet que la pose d'un lien

accessible à http://www.verckengaullier.com/media/upload/gv-20161015-blog-gsmedia-vlb.pdf, dernière accès le 13/12/2018; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016, p. 610 ; Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, préc. ; Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, European Intellectual Property Review, Vol. 39, Issue 8, 2017, p. 479-488 ; Hugenholtz B., Van Velze S., Communication to a new public ? Three reasons why EU copyright law can do without a « new public », International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 47, n° 7., p. 797.

[768] Sur cette approche, v. Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc., p. 610.

implique la mise à disposition de l'œuvre liée au sens de l'article 3 § 2 de la directive « InfoSoc »[769]. La raison en est que la notion de mise à disposition correspondrait au rôle joué par le lien dans l'accès à l'œuvre : la mise à disposition d'une œuvre correspond au fait d'offrir un accès à cette dernière, de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit. Or selon les tenants de cette approche, techniquement, l'hyperlien permet d'accéder immédiatement et directement à l'œuvre liée par un procédé interactif. Il devrait en conséquence être qualifié de mise à disposition de l'œuvre au public[770]. Cette interprétation a l'avantage de reposer sur une conception objective et claire de l'acte de communication au public en matière d'hyperlien. Ce dernier étant un acte de communication au public indépendamment de l'existence d'un « nouveau public », il ne serait pas non plus nécessaire de distinguer selon la licéité ou non de la publication de l'œuvre liée. Le critère de « la connaissance de l'illicéité » développé par la Cour de justice dans l'arrêt *GS Media*, n'aurait donc plus lieu d'être.

343. Du point de vue du droit d'auteur, cette approche se caractérise indéniablement par sa cohérence et par sa simplicité. En effet, à partir du moment où l'on considère que l'hyperlien *per se* met l'œuvre liée à disposition du public, celui-ci a vocation à être encadré par un régime unique, commun à l'ensemble des hyperliens. La technique liaison ou le procédé de création de l'hyperlien importerait donc peu. Qu'il s'agisse par exemple des liens simples, des liens profonds, des liens transclusions, des liens vers une publication contrefaisante, tous constitueraient un acte d'exploitation par mise à disposition. Si le champ d'application du droit de communication au public qui en ressort apparaît extrêmement large, il est néanmoins possible de considérer qu'il est en adéquation avec l'une des finalités de la directive « InfoSoc », selon laquelle : « *Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle* »[771].

344. Dans cette perspective, l'activité de lier constituerait nécessairement une exploitation de l'œuvre liée qui est en théorie soumise à l'autorisation des titulaires de droits sur lesdites œuvres. De ce fait, ce régime apparaîtrait en contradiction avec le principe de liberté de lier. Certains mécanismes juridiques

---

[769] ALAI, Rapport et avis relatifs la communication au public et la mise à disposition au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet, 2013 ; Dormont S., L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin..., Com.com.électr. n°2, étude 4, 2017, n°11.

[770] *Ibid.* ; V. également Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, préc.

[771] Directive n° 2001/29/CE, du Parlement 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, JOCE n° L 167 du 22/06/2001, p. 10, considérant 9. En ce sens, Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc., p. 610.

relevant du droit d'auteur peuvent toutefois permettre de concilier les effets d'un tel régime avec les intérêts des poseurs de liens.

Pour autant, cette conciliation ne nous semble pas aboutir à un équilibre satisfaisant du point de vue de la liberté de lier.

2° Une approche échouant à concilier le droit exclusif avec la liberté de lier

345. Deux mécanismes juridiques relevant du droit d'auteur peuvent être envisagés afin de tempérer les effets d'un régime admettant, par principe, l'opposabilité du droit de communication au public à l'hyperlien. Le premier est l'un des pivots du droit d'auteur puisqu'il s'agit des exceptions aux droits patrimoniaux. La logique gouvernant le système des exceptions amène toutefois à considérer qu'il s'agit d'un faux moyen de conciliation du régime proposé et de la liberté de lier (a). Le second mécanisme, celui de la licence légale s'avère plus pertinent au plan théorique. Il paraît néanmoins peu réaliste au plan pratique (b).

a) Les exceptions au droit d'auteur, un mauvais moyen de conciliation

346. Le recours à une exception au droit d'auteur peut-il permettre de préserver la liberté de lier dès lors que l'établissement du lien est couvert par le droit exclusif ? Afin de répondre à cette interrogation, deux approches peuvent être envisagées. La première consiste à prévoir l'application des exceptions relevant du droit positif - *de lege lata* - à l'hyperlien (i). La seconde, parfois évoquée au sein de la doctrine, repose sur la création d'une exception *ad hoc* relevant d'une approche de *lege ferenda* (ii).

i. Liberté de lier et exception de lege lata

347. Les exceptions au droit d'auteur se conçoivent comme une mise à l'écart du monopole de l'auteur par le législateur, dans l'objectif de garantir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits et ceux des utilisateurs des œuvres (utilisateurs finaux, intermédiaires, exploitants)[772]. En droit de l'Union, le considérant 31 de la directive « InfoSoc » énonce, en ce sens, que le système d'exception prévu par la directive a pour objectif de « *maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés* ».

[772] Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2015, 3ème éd., 2015, Dalloz, coll. Précis, 1229 p., n°564 ; Sirinelli P., Propriété littéraire et artistique, 2016, 2ème éd., Dalloz, coll. Mémentos, 303 p., p. 109.

Les exceptions viennent ainsi fixer en négatif les contours du monopole de l'auteur[773] : elles définissent les utilisations d'une œuvre qui, bien que réalisant une exploitation de celle-ci, ne nécessitent pas d'être autorisées par le titulaire de droits. Il peut ainsi être défendu qu'une conciliation entre le régime ici envisagé et la liberté de lier peut être réalisée à partir d'une exception au droit exclusif : en évitant aux poseurs de liens d'avoir à obtenir l'autorisation des titulaires de droit sur les œuvres liées, la liberté de lier pourrait être sauvegardée.

348. En droit positif, le recours à certaines des exceptions figurant à l'article 5 § 3 de la directive « InfoSoc » peut être envisagé comme le suggère l'ALAI[774]. Nous avions d'ailleurs indirectement envisagé cette question lorsque nous avions étudié le statut des extraits accompagnant les liens créés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information[775]. Il serait ainsi possible de solliciter l'exception prévue à l'article 5 § 3 c) de la directive « InfoSoc », qui concerne la libre utilisation de certains articles ou œuvres radiodiffusées, et l'exception de citation de l'article 5 § 3 d). Afin de montrer que ces exceptions ne sont pas à même d'opérer une véritable conciliation entre le droit exclusif et la liberté, il n'est pas nécessaire d'étudier en détail leur applicabilité à l'hyperlien[776]. Il suffit d'observer que les règles générales guidant l'interprétation des exceptions sont incompatibles avec la liberté de lier. Selon une jurisprudence constante de la CJUE, « *les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte* »[777]. Les exceptions au droit d'auteur prévues par la directive « InfoSoc » doivent en conséquence faire l'objet d'une interprétation stricte en ce qu'elle constitue une dérogation au principe général selon lequel l'exploitation d'un objet protégé est soumis à l'autorisation des titulaires de droits[778]. Or au regard de leur objet, c'est-à-dire des actes qu'elles couvrent, les exceptions précitées n'ont pas été conçues pour couvrir les actes de création de liens. Une interprétation stricte de ces dernières s'oppose donc à une admission généralisée de l'activité de lier en leur sein.

349. Cela est d'autant plus le cas que l'interprétation des exceptions est également encadrée par le triple test de l'article 5 § 5 de la directive « InfoSoc » : les exceptions au droit exclusif ne sont applicables que

---

[773] Sirinelli P., Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 1999, p. 1. Accessible à : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

[774] ALAI, Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Bernes hyperlien et du droit de communication au public sur Internet, 2015.

[775] V. *supra*, n°272 et s.

[776] Sur ce point, v. ALAI, Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne hyperlien et du droit de communication au public sur Internet, préc., p. 6.

[777] CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, p. I-06569, point 56.

[778] *Ibid*., point 57.

dans certains cas spéciaux qui ne portent ni atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits[779]. Les exceptions évoquées ont donc vocation à s'appliquer à des cas limités, par opposition au général[780]. Cette contrainte exclut, en conséquence, que l'activité de lier, conçue globalement, puisse être concernée. Par ailleurs, dès lors que l'hyperlien est identifié comme étant un acte de communication au public par nature, il faut logiquement en déduire qu'il a vocation à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. En effet, nombre de poseurs de liens, au premier rang desquels les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'actualité, priveraient les titulaires de droits de cette nouvelle forme d'exploitation que constituerait l'hyperlien. Or le triple test a pour objectif d'empêcher qu'une exception puisse concurrencer l'utilisation économique de l'œuvre[781]. Pour l'ensemble de ces raisons, il n'apparaît pas que les exemptions relevant du droit positif puissent opérer une conciliation satisfaisante entre le droit exclusif et la liberté de lier.

ii. Liberté de lier et exception de lege ferenda

350. Une analyse des exceptions de *lege ferenda* serait-elle plus fructueuse ? Pour pallier les effets négatifs que pourrait avoir la soumission de l'activité de lier au droit exclusif, il a été proposé la création d'une exception spécifique à l'hyperlien[782]. Une telle exemption aurait certainement pour conséquence d'écarter une partie des difficultés rencontrées par les exceptions relevant du droit positif. Il est en effet possible de considérer qu'une exception spécifique aux hyperliens permettrait de lever le problème de l'interprétation stricte puisque l'hyperlien serait l'objet même de l'exception. Il faut également souligner que cette construction serait plus en adéquation avec les exigences du triple test : la finalité d'une exception portant spécifiquement sur les hyperliens serait justement d'identifier un « cas spécifique » au sens de l'article 5 § 5 de la directive « InfoSoc »[783]. Il n'en demeure pas moins que dans le cadre d'un régime admettant que l'hyperlien *per se* constitue un acte de communication au public, une exception qui lui serait propre ne peut être que strictement conçue. À défaut, il ne s'agirait plus d'une exception au droit d'auteur. Dans cette perspective, certains membres du CSPLA ont ainsi proposé une exception obligatoire en faveur

---

[779] *Ibid*., point 58 ; plus récemment, v. CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association*, Rec. général.

[780] Ficsor M., Le « test en trois étapes » : pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich *in* Sirinelli P., Bensamoun A (dir.), Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne, 2012, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 166 p., p. 55, spéc., p. 57.

[781] *Ibid*., p. 57.

[782] Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, préc. ; ALAI, Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne hyperlien et du droit de communication au public sur Internet, préc., p. 6.

[783] V. cependant, ALAI, Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne hyperlien et du droit de communication au public sur Internet, préc., p. 9.

de l'hyperlien. Cette proposition mérite que nous nous y attardions car elle nous semble illustrer en quoi la conciliation entre le droit exclusif et la liberté de lier s'avère impossible sur le terrain des exceptions. Dans l'un de ses rapport, le CSPLA envisage ainsi que le poseur d'hyperlien soit exempté d'autorisation sous réserve :

> « *i) que l'auteur de l'hyperlien ne sache pas ou n'ait pas de raisons valables de penser que le contenu pointé est communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite sur le service en ligne à partir duquel il est établi ; ii) que cette œuvre et/ou objet protégé soit librement accessible sur ce service en ligne ; iii) que la fourniture d'hyperlien n'ait pas été effectuée dans un but lucratif ; iv) que l'hyperlien ne permette pas d'afficher ou de diffuser directement l'œuvre ou l'objet protégé sur le service en ligne pointé* ».[784]

351. Comment apprécier cette proposition ? La volonté de la proposition de déplacer le contenu du régime élaboré par la CJUE au sein d'une exception se perçoit immédaitement. Pour bénéficier de l'exception, le poseur de liens ne doit pas avoir connaissance de l'éventuelle illicéité de la publication initiale (*GS Media*) et cette dernière doit être librement accessible (*Svensson*). Le parallèle avec le droit positif s'arrête là. La proposition étend l'inaccessibilité de l'œuvre au cas où le site pointé contient des mentions prévoyant que les objets protégés, qui s'y trouvent, ne peuvent être mis à disposition sur un autre site. Il reviendrait donc au poseur de liens de s'assurer de la présence ou non de telles mentions, s'il ne veut pas prendre le risque de devenir contrefacteur[785]. Gageons que cette obligation s'avère particulièrement contraignante au regard de la simple activité de lier. Elle oblige notamment le poseur de liens à surveiller dans le temps l'apparition de telles mentions. Les deux dernières conditions sont également étrangères au droit positif et viennent fortement restreindre la portée de l'exception. Effectivement, la condition de l'absence de motivation lucrative devrait être entendue largement. Dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE, l'ensemble des liens posés dans un contexte commercial, seraient ainsi exclus du bénéfice de l'exception[786]. Élément nouveau, la collecte de données personnelles devrait aussi être considérée comme participant d'une intention lucrative. Un service tel que *Google News*, qui ne génère pas directement de revenu mais qui utilise les données personnelles de ses utilisateurs, ne pourrait, de ce fait, pas bénéficier d'une telle exception. Enfin, la proposition du CSPLA écarte du champ de l'exemption les liens qui, par leur forme, permettent à l'utilisateur final d'afficher directement l'objet protégé, sans avoir à se rendre sur

---

[784] Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, préc.

[785] *Ibid*, p. 55. Voir les commentaires sous la proposition d'exception.

[786] En ce sens v. CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général, point 46.

le site ciblé. En somme, au regard de cette condition, les liens transclusions ou les liens ouvrant un lecteur multimédia ne sont pas couverts par la proposition d'exception.

352. Des incertitudes entourent la définition de ces conditions, notamment s'agissant du « but lucratif »[787] mais notre démarche n'est pas ici de les détailler. Observons uniquement que cette proposition est en parfaite cohérence avec la théorie du droit d'auteur. Sa portée étroitement limitée correspond en effet à la philosophie européenne des exceptions, la rendant indéniablement compatible avec les exigences du triple test. À ce titre, elle nous semble constituer un exemple idoine de ce que pourrait être une exception en faveur de l'hyperlien dans un régime où l'activité de lier relève du droit exclusif. En revanche, le champ d'application strictement restreint d'une telle exemption s'avère manifestement incompatible avec la liberté de lier et ne correspond pas aux équilibres définis par le droit positif. Le CSPLA résume d'ailleurs parfaitement la logique qui anime une telle construction : il s'agit de prôner une liberté de lier par exception[788]. Or, pour reprendre une distinction faite par le professeur Gaudrat et par Frédéric Sardain dans un autre contexte, lorsque la licéité d'un acte procède d'une exception au droit d'auteur, elle est une simple tolérance et non une liberté[789]. Une liberté par exception ne peut se concevoir que comme une antinomie. La conciliation entre le droit exclusif de l'auteur et la liberté de lier ne peut donc pas découler d'une véritable exception au droit d'auteur.

b) La licence légale, un moyen de conciliation irréaliste

353. La licence légale impose aux titulaires de droits une cession obligatoire de leur droit exclusif en contrepartie d'une compensation équitable. Le montant de la compensation, sa perception et sa répartition est ensuite propre à chaque type de licences. En vertu de ce mécanisme bien connu du droit français, une utilisation particulière d'un objet protégé ne peut être interdite par les titulaires de droit, limitant ainsi fortement leur droit exclusif. Ils ne sont, effet plus, en mesure d'exercer pleinement leur droit de propriété puisque leur faculté d'interdire une exploitation donnée se trouve comme paralysée. En règle générale, le

---

[787] Malgré la définition extrêmement large du « but lucratif » des zones de flou demeurent : par exemple, faut-il considérer qu'un utilisateur d'un réseau social pose un lien dans un contexte lucratif dès lors que le réseau social sur lequel le lien est posé tire un bénéfice de cette activité, soit par les revenus de la publicité, soit par l'entremise des données personnelles que ce réseau collecte ? Et si cet utilisateur avait posé ces liens afin de faire la promotion de son activité professionnelle - ce qui sur Facebook ou Twitter n'est pas rare -, faudrait-il considérer que l'intention lucrative est caractérisée ? Bref, circonscrire la notion de « but lucratif » relève de la gageure. En ce sens, Netter E., Numérique et grandes notions de droit privé. La personne, la propriété et le contrat, 2017, Mémoire d'HDR, Université de Picardie-Jules Vernes, n°218, accessible à : http://enetter.fr/wp-content/uploads/2018/09/E.-NETTER-Numérique-et-grandes-notions-du-droit-privé-V.-1.06.pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

[788] Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, préc. : *« Dès lors, la construction proposée prône, par exception au droit exclusif, la liberté de créer certains hyperliens* [...] »

[789] Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., n°173.

mécanisme de la licence légale a une finalité pragmatique[790] : dans un contexte où certaines utilisations d'un objet protégé sont massives et socialement répandues, le droit reconnaît qu'il serait irréaliste d'obtenir, pour chacune d'entre elles, l'autorisation des titulaires de droits. Aussi le droit prévoit-il de concilier ces pratiques sociales avec le droit exclusif grâce à une gestion globale des droits, que permet la licence légale. En droit français, la licence légale portant sur l'utilisation des phonogrammes publiés à des fins de commerce peut être peut être donnée en exemple : le code de la propriété intellectuelle français prévoit qu'en certaines hypothèses les artistes-interprètes et les fabricants ne peuvent s'opposer à l'utilisation du phonogramme. Ils perçoivent en échange une rémunération équitable[791]. Ces dispositions permettent de prendre acte que la musique est diffusée massivement, sans qu'il soit réellement possible pour les titulaires de droits de contrôler ce phénomène en exerçant leur droit d'autoriser ou d'interdire. La licence légale permet de laisser libre cours à certaines diffusions en échange d'une juste rémunération.

354. Conceptuellement, le mécanisme de la licence légale semble approprié à un encadrement équilibré de l'hyperlien par le droit d'auteur. La licence légale permettrait d'une part de préserver la liberté de lier, puisque les titulaires de droits ne pourraient s'opposer à la pose d'un lien, et d'autre part de ménager les intérêts des titulaires de droit puisque ces derniers percevraient une rémunération équitable. Un tel système aurait également pour finalité d'accompagner une pratique sociale incontournable : les usages de l'hyperlien correspondent en effet à des utilisations massives d'œuvres, socialement ancrées et indispensables. Or nous pouvons raisonnablement considérer que ces usages sont incompatibles avec le fait de requérir de manière systématique l'autorisation du site lié. De prime abord, l'équilibre ainsi trouvé entre la liberté de lier et le droit exclusif apparaît satisfaisant.

355. Pourtant, tant d'un point de vue théorique que pratique, l'éventuelle adoption d'une licence légale pour les hyperliens paraît critiquable. Au plan théorique, ce mécanisme souffre du défaut d'imposer d'importantes limitations au droit exclusif car elle dénie au titulaire de droits la faculté d'exercer son pouvoir d'interdire ou - et la chose est importante - d'autoriser la pose de l'hyperlien. Cette privation constitue incontestablement une diminution du droit exclusif, qui devient alors un simple droit à rémunération[792]. En tant que limitation au droit exclusif, il est probable qu'un système de licence légale devrait être en conformité avec le test en trois étapes, intégré en droit de l'Union européenne à l'article 5 §

---

[790] Sur la philosophie de la licence légale, v. Daverat X., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1450, Droits voisins du droit d'auteur. - Dispositions communes aux artistes et interprètes et aux producteurs de phonogrammes. – Licence légale et rémunération équitable., 2015, n°20 et s. ; Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, *op. cit.*, n°1292.

[791] CPI, article L. 214-1.

[792] Daverat X., JCL Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1450, préc., n°3.

5 de la directive « InfoSoc »[793]. De la sorte, ce système devrait être strictement ciblé quant à son objet et limité quant à son étendue[794]. Or il est douteux qu'une licence légale appliquée à l'ensemble des usages de l'hyperlien réponde à cette exigence, et notamment qu'elle ne trouble pas l'exploitation normale de l'œuvre. La logique de la licence légale semble ainsi à rebours de celle du régime ici proposé, qui a vocation à soumettre l'activité de lier au droit exclusif.

356. Nous resterons également dubitatif quant à la faisabilité pratique d'une licence légale dans le domaine des hyperliens : organiser la perception du droit à rémunération autour de l'ensemble des poseurs de liens semble simplement inconcevable tant leur nombre est important. Il pourrait alors être envisagé de mettre à contribution uniquement certains acteurs de la création de liens, notamment ceux dont le modèle économique est basé sur la réutilisation et monétisation de contenus tiers. Seraient ainsi concernés les moteurs de recherche et les réseaux sociaux. Cette approche engendre néanmoins de nombreux problèmes. D'abord, elle se trouve en contradiction avec la logique prônée par le régime ici proposé, qui vise à soumettre l'activité de lier au droit exclusif puisque seule une partie des liens seraient concernés. Ensuite, il suffirait aux acteurs ciblés par la licence légale de stopper leur activité afin d'éviter d'avoir à contribuer à la compensation équitable. Dans un contexte voisin, *Google News* a procédé de la sorte en Espagne, afin d'éviter d'avoir à payer la rémunération équitable attachée à l'exception de citation dans le contexte de l'agrégation d'actualités. Surtout, le coût de la rémunération équitable pourrait être un frein à l'apparition de nouveaux acteurs, notamment européens, dans le secteur de la création de lien. Elle risquerait en effet d'imposer un coût d'entrée élevé sur le marché de la création de lien, renforçant la position dominante de certains acteurs, à l'instar de *Google* ou *Facebook*. Or dans le cadre de sa stratégie numérique, la Commission européenne a fait de l'innovation et de la concurrence dans le secteur des plateformes en ligne, deux de ses priorités[795]. Pour l'ensemble de ces raisons, théoriques et pratiques, le mécanisme de la licence légale apparaît comme un moyen peu réaliste de concilier le principe d'exclusivité en droit d'auteur et la liberté de lier.

357. Une mise en cohérence du régime de l'hyperlien fondée sur le principe selon lequel l'hyperlien est, *per se*, une communication au public rentrant dans le champ du droit exclusif paraît en conséquence inappropriée. Certes, pareille solution assurerait la cohérence de l'édifice du droit d'auteur européen mais

---

[793] Ginsburg J., L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? Com. comm. électr. n°5, étude 10, 2010.

[794] Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p., n°450.

[795] Communication de la Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, préc., p. 12 ; Commission européenne, Communication sur les plateformes en ligne et le marché unique et le marché unique numérique-Perspectives et défis pour l'Europe.COM (2016) 288 Final, 25/05/2016. p. 3.

au prix de la disparition du régime de la liberté de lier tel qu'il ressort du droit positif. Une solution alternative doit, de toute évidence, être envisagée.

B. La possibilité d'un régime fondé sur la prééminence de la liberté de lier, dans le respect du droit exclusif

358. Dans la lignée de certains auteurs, en particulier du professeur Benabou, un autre régime peut être proposé : sa finalité serait de préserver la liberté de lier tout en réblisssant la cohérence du droit d'auteur[796]. Selon cette voie, l'activité de lier ne saurait évidemment être automatiquement qualifiée de communication au public. Une distinction doit être faite entre les liens qui, n'exprimant pas eux-mêmes la forme d'une œuvre ou d'un objet protégé, ne procèdent à aucune exploitation d'un objet protégé d'une part et, d'autre part les liens qui, exprimant la forme d'une œuvre ou d'un objet protégé, réalisent une exploitation. Les premiers étant neutres à l'égard de l'œuvre liée, c'est un régime de liberté qui devrait leur être attaché en droit d'auteur (1). À l'inverse, les liens exprimant par eux-mêmes la forme d'une œuvre ou d'un objet protégé devraient être posés avec l'assentiment des titulaires de droit, au regard de la théorie du droit d'auteur tout du moins (2).

1° Un régime de liberté réservé aux liens n'exprimant pas la forme de l'œuvre

359. Au regard de la théorie du droit d'auteur, il peut être considéré que l'hyperlien n'exprimant pas la forme d'une œuvre ou d'un objet protégé est insusceptible de conduire à une exploitation de ces derniers. La pose de tels hyperliens devrait ainsi demeurer libre. Il faudra alors en déduire que l'ensemble des liens simples devrait rester à l'écart du droit exclusif de communication au public (a). Cette conclusion vaut logiquement également pour les liens qui, en droit positif, sont illicites : ces liens sont, d'une part, certains des liens renvoyant vers des œuvres publiées illicitement et, d'autre part, les liens donnant accès à des œuvres en dépit des restrictions techniques mises en place par les titulaires de droits. De ce fait, nous proposerons un régime juridique spécifique pour ces liens afin qu'ils demeurent illicites (b). De la sorte, le cadre juridique présenté pourra à la fois être cohérent au regard du droit d'auteur tout en dénaturant le moins possible les solutions établies le droit positif.

---

[796] V., Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc. ; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 611 et s.

a) Une indisponibilité de la forme de l'œuvre valant absence d'exploitation dans le cas des liens simples

360. L'acte de communication au public peut se définir comme l'acte « *par lequel est délivrée la forme externe* »[797] de l'œuvre à un public d'exploitation. En effet, « *la forme sensible est le moyen de faire connaître et partager* »[798] l'œuvre telle que l'auteur l'a conçue. À défaut, l'œuvre en tant que forme sensible ne saurait être communiquée à un public, justement car ce dernier est dans l'impossibilité de la percevoir et donc d'en jouir[799]. Dans cette hypothèse, un acte qui concourt à la communication de l'œuvre sans, par lui-même, rendre disponible la forme de ladite œuvre ne commettrait aucun acte d'exploitation par communication au public.

361. Tel est le cas des liens simples[800] : ces derniers ne communiquent jamais l'œuvre pour elle-même. Le public des internautes n'a jamais accès à la forme sensible de l'œuvre directement, grâce à cette technique de liaison, peu importe les usages qui en sont faits. Les liens simples assurent effectivement toujours une fonction de relais, facilitant au public l'accès à l'œuvre sans jamais donner accès à l'œuvre elle-même. L'acte consistant à poser un lien simple relève ainsi de ce que le professeur Gaudrat nomme la sphère de la réception[801] : il organise, pour le compte du public, la réception de l'œuvre mais n'est pas à l'origine de la délivrance de l'œuvre ou de l'objet protégé[802]. Dit autrement, le lien simple ne peut pas mener à l'exploitation d'une œuvre car le public qu'il vise n'est jamais le public de l'œuvre pointée, mais le public recherchant une information sur la localisation de l'œuvre ainsi qu'un moyen d'y accéder[803].

362. Cette interprétation est par ailleurs en adéquation avec la notion de mise à disposition d'une œuvre, telle qu'elle a été envisagée d'abord en droit international du droit d'auteur au sein de l'OMPI[804], puis en droit de l'Union européenne[805], pour peu que l'on veuille bien définir précisément cette notion. L'inclusion

---

797 Gaudrat Ph., Zollinger A., Droits des auteurs.- règles générales. Droit de représentation, JCL Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1242, n°16.

798 *Ibid*.

799 V. Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc.

800 En ce sens, Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc. ; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 611.

801 Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, n°24.

802 Gaudrat Ph., Zollinger A., Droits des auteurs. - règles générales. Droit de représentation, JCl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1242, n°41.

803 Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc.

804 OMPI, Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraire et artistique soumises à l'examen de la conférence diplomatique, CRNR/DC/4, 1996, p.10.

805 European Commission, Proposal for European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, Explanatory Memorandum, COM (97) 628 Final, 12/12/1997, p. 25 et 26 accessible à : http://bat8.inria.fr/~lang/reperes/copyright/documents/europe/COM_97_628_EM_en-scanned.pdf. 01/03/2019.

explicite de la notion de mise à disposition dans le champ du droit de communication au public a été réalisée afin de prendre en compte les nouveaux modes de diffusion portés par le numérique et l'Internet : il s'agissait de garantir que le droit de communication au public couvre également les actes permettant les transmissions interactives à la demande, et non seulement les transmissions directes et simultanées à un public passif. En vertu de cette logique, sont couverts par la notion de mise à disposition, les actes consistant à offrir une œuvre sur un site internet accessible au public, étant entendu que ces actes précèdent la transmission à la demande de cette œuvre. La notion de mise à disposition couvre ainsi une réalité bien précise : le fait de tenir une œuvre à disposition du public sur un site internet en attente d'une demande de transmission en provenance du public. Or, la pose d'un lien simple ne correspond pas à cette réalité puisque ce dernier ne permet pas de tenir l'œuvre à disposition du public. Dès lors, il y a, nous semble-t-il, une part d'exagération à soutenir, comme le fait la Cour de justice ou une partie de la doctrine, que la pose d'un lien, quel qu'il soit, est un acte de mise à disposition d'une œuvre. Comme le note le professeur Dusollier, cela revient peu ou prou : « *à considérer que* [...] *tout est communication sur Internet* »[806]. À l'inverse, le fait de considérer que les liens simples ne peuvent jamais exploiter l'œuvre vers laquelle ils pointent permettrait de fonder un régime de liberté pour l'hyperlien, sans avoir recours à des notions dénaturant le droit d'auteur européen. Il nous semble qu'un tel régime pourrait procéder de l'ajout d'un considérant interprétatif au sein de la directive 2001/29[807]. Il suffirait de préciser que :

> « *Les hyperliens ne délivrant pas la forme de l'œuvre vers laquelle ils renvoient, ne constituent pas une communication au public ou une mise à disposition de cette œuvre au sens de l'article 3 de la présente directive. À titre d'exemple, l'hyperlien dit « simple » ne constitue pas une communication au public en tant qu'il ne délivre pas, en lui-même, la forme de l'œuvre liée* ».

363. Il nous faut alors tirer toutes les conséquences de cette mise en cohérence : si le droit de communication au public est inopposable aux liens simples, peu importe les usages qui en sont faits, cela vaut alors également pour les liens permettant de contourner des mesures techniques restreignant l'accès à des œuvres. Il en va de même pour les liens simples pointant vers des œuvres mises en ligne illicitement. Le régime juridique que nous proposons serait alors en décalage au regard du droit positif, qui interdit ces deux usages de l'hyperlien. Ce régime serait également en opposition avec une protection effective du

---

806 Dusollier S., Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication : note d'observations sous C.J.U.E (4ème ch.), 13 février 2014, Revue du Droit des Technologies de l'Information, n°54, p. 49, spéc., p. 52.

807 Suggérant également une modification de la directive 2001/29 afin de rendre explicitement licite les liens simples, v. Leistner M., Closing the book on the hyperlinks : brief outline of the CJEU's case law and proposal for a European legisaltive reforme, E.I.P.R, Vol. 39, n°6, 2017, p. 327 ; Leistner M., Copyright law on the internet in need of a reform : hyperlinks, online plateforms and aggregators, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 12, n°2, 2017, p.136.

droit d'auteur sur Internet puisqu'il aurait pour effet de protéger la diffusion d'œuvre illicites par le biais du lien.

Des solutions peuvent néanmoins être proposées afin que ces usages du lien restent illicites, tout en préservant la cohérence du droit d'auteur européen.

b) Le traitement spécifique des liens simples reconnus comme illicites en droit positif

364. Certains usages des liens simples sont interdits en droit positif car ils peuvent être qualifiés de communication au public. Or selon la méthode proposée ci-dessus, le droit de communication au public ne peut plus fonder leur interdiction. D'autres mécanismes juridiques paraissent néanmoins aptes à prohiber ou à sanctionner la pose de tels liens en permettant de retrouver les solutions prônées par le droit positif et en étant plus respectueux de la cohérence du droit d'auteur européen. À cet égard, les liens contournant les mesures techniques pourraient être appréhendés par l'article 6 de la directive « InfoSoc » portant précisément sur la protection des mesures techniques entourant l'accès aux œuvres (i). En revanche, s'agissant des liens vers des publications illicites, la solution ne saurait être trouvée dans les règles existantes. En effet, seule la création d'un régime spécifique de responsabilité, en dehors du droit d'auteur, se trouve à même d'encadrer leur création de manière cohérente (ii).

i. L'encadrement des liens contournant des mesures techniques par l'article 6 de la directive « InfoSoc »

365. La Cour de justice, dans l'arrêt *Svensson* a établi que les liens permettant de contourner des mesures techniques restreignant l'accès à Internet devait être qualifiés de communication au public car ils donnaient accès à un public nouveau[808]. Dans notre hypothèse, ce critère du « public nouveau » disparaît au profit d'une lecture plus simple de la notion de communication au public appliquée aux hyperliens : les liens qui ne délivrent pas la forme de l'œuvre vers laquelle ils pointent ne devraient pas être qualifiés de communication au public. Tel est le cas des liens simples contournant des mesures de protection. Ils ne permettent pas au public d'exploitation de l'œuvre pointée de jouir de la forme de l'œuvre à l'instar de n'importe quel autre lien simple.

[808] CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson e.a,* Rec. général, point 31.

366. Pour autant, cet usage du lien simple peut tout à fait être sanctionné en droit européen. L'article 6 § 1 de la directive « InfoSoc » impose aux États membres de prévoir « *une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif* ». La forme que doit emprunter le contournement n'étant pas précisée par le texte, il y a tout lieu de penser que ce dernier peut englober des hyperliens. Cette interprétation serait d'ailleurs conforme à la finalité de la directive, qui a pour objectif d'assurer un niveau élevé de protection du droit d'auteur et des droits voisins. L'article 6 § 3 poursuit en précisant que les mesures techniques doivent s'entendre comme « *toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés* » par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Cette formulation large, par laquelle les mesures techniques sont désignées, a vocation à couvrir l'ensemble des dispositifs de protection[809]. Dès lors, il ne fait pas de doute que les restrictions techniques, qu'un lien serait susceptible de contourner, sont inclues dans le champ de la protection. L'impératif d'efficacité de ces mesures, exigé par l'article 6 § 3, n'est pas non plus un frein à leur application dans le domaine de l'hyperlien. Le texte retient d'abord que l'efficacité pourra découler de l'application d'un code d'accès. L'ensemble des sites dont l'accès est conditionné par un *paywall* ou un accès dédié protégé par mot de passe devrait donc être couvert. En outre, selon le texte de la directive, un mécanisme de contrôle de la copie est également une mesure de contrôle efficace. De la sorte, il peut être considéré qu'un protocole *robot.txt*, qui vise à prévenir le référencement d'une page web par un *crawler*, est une mesure de protection efficace contre la création automatique de liens. En conséquence, rien ne fait obstacle à ce que les liens simples contournant des restrictions techniques à l'accès soient sanctionnés au titre des mesures techniques de protection[810].

ii. L'encadrement des liens simples renvoyant vers des contenus illicites

367. Le cas des liens simples renvoyant vers des œuvres illicitement mises en ligne est plus problématique. En droit positif, il a été établi par la CJUE que de ce type de liens constituaient une communication dans la mesure où le poseur de lien avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du caractère contrefaisant de la publication ciblée. En revanche, selon notre approche, pareille conclusion est impossible. L'ensemble des liens simples, même ceux renvoyant intentionnellement vers une source

---

809 Latreille A., Maillard T., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1660, Mesures techniques de protection et d'information, 2011, n°17.

810 En ce sens, Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc. ; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 612.

illicite, ne peut être qualifié de communication au public. À ce stade, la construction proposée n'est pas satisfaisant puisque notre objectif est de parvenir à un régime qui impose des limites à la liberté de lier qui soit similaire à celles fixées en droit positif. Or sur ce point, les outils de l'Union sont d'une utilité limitée. Il pourrait être envisagé, comme l'a fait l'avocat général Wathelet dans l'affaire *GS Media*[811], d'avoir recours à des mesures visant à imposer aux intermédiaires qu'ils contribuent à la cessation de l'illicite. Les articles 8 § 3 de la directive « InfoSoc » et 11 de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle[812], lus à la lumière du considérant 59 de la directive « InfoSoc », vont en effet en ce sens. Ces articles prévoient que les titulaires de droit peuvent solliciter une ordonnance sur requête ou une injonction afin que les services intermédiaires mettent fin à la circulation d'une contrefaçon sur le réseau Internet. Or le poseur de liens simples qui agit comme un relais facilitant la réception d'une communication peut être vu comme un intermédiaire. À ce titre, peu importe que le lien soit posé manuellement, distribué par un réseau social ou créé automatiquement par un moteur de recherche. Ces dispositions du droit européen permettraient donc d'enjoindre la suppression d'un lien vers un contenu illicite. Cette solution n'est cependant pas l'équivalent du régime actuel de l'hyperlien en droit positif : la personne qui a pointé vers une œuvre illicite contribuera à la cessation de l'illicite mais n'engagera pas sa responsabilité.

368. La solution la plus appropriée ne peut être trouvée que dans le cadre d'une réflexion de *lege ferenda* sur une responsabilité spéciale du fait des liens pointant vers une publication contrefaisante. Nous avons observé précédemment que le régime que la CJUE a mis en place, concernant les liens vers des publications illicites, emprunte à la logique des systèmes de responsabilité indirecte[813]. En effet, le critère de « connaissance de l'illicéité », qui est normalement étranger à la qualification d'un acte de communication au public, est en revanche l'élément déclencheur de la responsabilité indirecte de la personne qui facilite la contrefaçon. Or ce système de responsabilité est étroitement lié[814] au régime de responsabilité limitée des intermédiaires techniques, prévu par la directive commerce électronique[815]. Ce régime vient définir le périmètre de la responsabilité indirecte de certains intermédiaires de l'Internet. L'article 14 de cette directive, qui porte sur la responsabilité des hébergeurs, prévoit ainsi que ces derniers

---

811 CJUE, aff. C-160/15, GS *Media*, conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, 7 avril 2016, point 82 et s. ; v. également Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 612.

812 Directive 2004/48/CE du parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE L 157 du 30/04/2004, p. 45.

813 V. également *supra*, n°344 et s.

814 Schellekens M., Reframing hyperlinks in copyright, E.I.P.R, Vol. 38, n° 7, p. 401, spéc., p. 407.

815 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n° L178 du 7/07/2000, p.1-16.

ne sont responsables que de manière limitée pour les données stockées à la demande d'un tiers. Il faut que le prestataire d'hébergement « *n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente* » ou bien si, à partir du moment où il a acquis une telle connaissance, l'hébergeur a agi « *promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible* ». Il n'existe cependant aucun texte européen qui envisage une telle responsabilité pour les poseurs de liens en dépit du fait que, tout comme les hébergeurs, ces derniers peuvent exercer une fonction d'intermédiation essentielle au fonctionnement de l'Internet.

369. La création d'une responsabilité spéciale pour l'hyperlien simple[816], sur le modèle de la responsabilité limitée des intermédiaires techniques, paraît donc être une solution adéquate. Elle permettrait de mettre de l'ordre dans le régime de l'hyperlien, tout en imposant des limites à la liberté de lier qui soient similaires à celles envisagées par le droit positif. Il pourrait par exemple être prévu un régime ausein duquel la responsabilité des fournisseurs de liens simples serait limitée au cas où le fournisseur a, ou aurait dû avoir, connaissance de l'illicéité de la ressource pointée. Ce régime pourrait d'ailleurs reprendre les distinctions opérées par la CJUE, dans l'arrêt *GS Media* et dans les arrêts subséquents, quant à la caractérisation de cette connaissance : la connaissance de l'illicéité serait « effective », dès lors que le poseur de liens en a été averti, par exemple par le biais d'une notification. Elle pourrait aussi être « construite » et découler du contexte dans lequel a été posé le lien. La CJUE a d'ailleurs eu l'occasion de faire usage de la théorie de la « connaissance construite » dans l'arrêt *L'Oréal*[817]. Elle l'a définie comme « *une connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité* »[818]. Un poseur de lien qui organise structurellement et spécifiquement son activité autour de l'accès à des contenus illicites serait ainsi réputé avoir connaissance de l'illicéité des contenus vers lesquels il renvoie. En cas de contentieux, il s'agira donc déterminer si l'activité de lier est spécifiquement orientée vers la diffusion de l'illicite en ligne[819]. Les arrêts *Stichting Brein* et *Pirate Bay* offrent une illustration des éléments factuels pouvant permettre de caractériser une « connaissance construite » : manifestation expresse, par le biais de publicité[820] ou de déclaration publique, de l'intention

---

[816] Comp. Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, European Intellectual Property Review, Vol. 39, n° 8, 2017, p. 479.

[817] CJUE 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal e.a*, Rec. p. I-06011.

[818] *Ibid*, point 120.

[819] Comp. Tourette A., Responsabilité civile et neutralité d'Internet. Essai de conciliation. 2015, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 525 p., n°251.

[820] CJUE 26 avril 2017, aff. C-527/15, *Stichting Brein,* Rec. général, point 50.

de favoriser l'accès à des sources illicites[821], promotion de l'illicite sur Internet[822] ou encore l'intention lucrative du poseur de liens[823]. Un tel cadre permettrait d'harmoniser les conditions de mise en œuvre de la responsabilité indirecte des poseurs de liens simples sans sacrifier à la cohérence du droit d'auteur.

370. Cependant, une révision de la directive 2000/31 ne semble pas faire partie de l'agenda de la Commission européenne, alors qu'elle apparaît nécessaire à l'instauration d'un régime spécial de responsabilité du fait des liens. La communication sur une « stratégie pour un marché unique numérique » en atteste : le régime de responsabilité limitée des intermédiaires de l'Internet y est présenté comme l'un des piliers du développement du marché unique numérique. Toute modification de ce régime semble donc exclue. Pourtant, une harmonisation européenne sur cet aspect de la responsabilité des prestataires intermédiaires serait en adéquation avec la volonté affichée par la Commission européenne de lutter plus efficacement et uniformément contre la prolifération des contenus contrefaisants en ligne. Elle permettrait de résoudre les divergences d'application du régime de responsabilité des intermédiaires au sein des États membres, notamment dans le domaine des hyperliens, ainsi que le reconnaît la Commission[824].

Surtout, au-delà des obstacles politiques, il nous semble que la création d'un régime de responsabilité spéciale pour l'hyperlien apparaît comme l'option la plus cohérente pour le droit européen de la communication par Internet.

2° Un régime de liberté relative pour les liens exprimant la forme de l'œuvre

371. À l'inverse des liens simples, certaines techniques de liaison ou certains usages de l'hyperlien ont pour effet de délivrer la forme de l'œuvre ou de l'objet protégé. Selon notre approche, ces liens sont en conséquence à l'origine d'une exploitation par communication au public. Tel est le cas des liens transclusions (a). Il paraîtrait néanmoins légitime de permettre certains usages de ces liens au regard de l'exercice de la liberté d'expression et d'information en ligne. Une nouvelle exception au droit d'auteur pourrait être créée à cet effet (b).

---

821 CJUE 14 juin 2017, *Ziggo*, préc., 45.

822 *Ibid*.

823 *Ibid*., point 46.

824 European Commission, Commission Staff Working Document, A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence, SWD (2015)100 Final, 6/05/2015. V. en particulier la note 187.

a) Les liens transclusions : un acte communication au public par principe

372. Selon notre méthode de qualification de l'acte de communication au public, le lien qui délivre la forme de l'œuvre réalise un tel acte, s'ajoutant à la communication initiale[825]. Dans cette hypothèse, le public du lien se confond en effet avec le public de l'œuvre pointée : en consultant l'hyperlien, le public est à même de jouir directement de l'œuvre. Pareil lien réalise alors nécessairement un acte d'exploitation par communication au public. Il faut en déduire que la technique de la transclusion, peu importe l'usage qui en est fait, implique une acte d'exploitation qui devrait être soumis au droit de communication au public. Un retour sur la définition de la transclusion permettra de mieux le comprendre. Selon la Cour de justice, la technique de la transclusion consiste « *à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un d'eux, au moyen d'un lien Internet «incorporé» («inline linking»), un élément provenant d'un autre site afin de dissimuler aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément* »[826]. Elle donne donc l'impression à l'utilisateur final que l'œuvre « *est montrée depuis le site sur lequel se trouve ce lien, alors qu'elle provient en réalité d'un autre site* ». Il procède donc directement des constatations de la CJUE, que la technique de la transclusion rend directement la forme de l'œuvre perceptible au public. Dès lors, si le critère du public nouveau est écarté pour revenir à une interprétation plus pure et cohérente de la notion de communication au public, il ne fait pas de doute que ces liens constituent une communication au public. Du strict point de vue de la théorie du droit d'auteur, la technique de la transclusion devrait donc, en principe, être soumise au droit exclusif et de fait à l'autorisation des titulaires de droits[827].

373. Afin de préciser le régime des liens transclusions, le considérant proposé précédemment[828] pourrait être complété comme suit :

« *En revanche, les hyperliens qui délivrent directement au public la forme de l'œuvre vers laquelle ils renvoient, constituent une communication au public au sens de l'article 3 de la présente directive. À titre d'exemple, la technique de la transclusion relève de cette catégorie de liens. Elle regroupe l'ensemble des techniques qui permettent, au moyen d'un hyperlien incorporé dans une page d'un site*

---

825 Sur l'origine de cette approche, v., Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc. ; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 611.

826 CJUE 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International*, Rec. général, point 17.

827 Benabou V-L, GS MEDIAaaaargh !, préc. ; Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, préc, p. 611.

828 V. *supra*, n°375.

Internet, d'afficher un élément provenant d'un autre site afin de masquer aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément[829] ».

Néanmoins qu'un espace de liberté, réservé à la technique de la transclusion, peut être recherché dans le système des exceptions au droit d'auteur. La finalité de cette exception serait la préservation de la liberté d'expression et d'information en ligne.

b) Les liens transclusion : entre communication au public et exception au droit d'auteur

374. Certains usages de la technique de la transclusion favorisent l'exercice de la liberté d'expression et d'information. Certains liens transclusions ont en effet vocation à illustrer une ressource numérique. Ils facilitent également la pratique de la critique ou du commentaire et s'apparentent, à ce titre, à une forme de citation. En somme, ils permettent un enrichissement informationnel, accessoire à la ressource dans laquelle ils sont incorporés. Or la prise en compte du droit à la liberté d'expression est à l'origine de nombreuses exceptions au droit d'auteur reconnues par la directive 2001/29[830]. Dès lors, il n'apparaît pas incohérent de puiser dans ce droit fondamental la justification d'une exception destinée à certains usages de la technique de la transclusion. Pareille exception devrait par ailleurs être obligatoire, afin de ne pas fragmenter le régime de l'hyperlien au sein de l'UE.

375. Cependant, cette exception devrait être enserrée dans des limites étroites afin de ne pas contrevenir au test en trois étapes de l'article 5 § 5 de la directive 2001/29. Cela nous semble d'autant plus important que ces liens sont, par nature, susceptibles d'affecter l'exploitation normale de l'œuvre puisqu'ils permettent au lieur de s'interposer entre le public de l'œuvre liée et le titulaire de droits. Dans cette optique, il serait ainsi nécessaire de poser des conditions restrictives à son application. Elle pourrait, par exemple, être réservée à des usages non lucratifs du lien transclusion. En outre, il pourrait être précisé que les utilisateurs de la technique de transclusion ne doivent pas ou ne devraient pas avoir connaissance de l'illicéité de la ressource pointée. Il s'agit, de la sorte, de permettre l'utilisation de liens transclusions tout en évitant qu'ils ne favorisent la diffusion de contenus illicites en ligne. De telles conditions d'application

---

[829] La définition de la technique de la transclusion est celle donnée par la CJUE dans l'ordonnance *Bestwater* : CJUE 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International*, Rec. général, point 17.

[830] La liberté d'expression et d'information est généralement présentée par les manuels et traités spécialisés comme l'un des fondements des exceptions au droit d'auteur., v. notamment Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2015, 3ème éd., 2015, Dalloz, coll. Précis, 1229 p., n°637 ; Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°356.

permettraient à l'exception de satisfaire les exigences du triple test. Cette exception devrait néanmoins être assez large et assez claire pour garantir une certaine liberté de poser des liens transclusions.

376. L'ajout d'un second considérant permettrait d'introduire une exception bénéficiant à nombre de liens relevant de la technique de la transclusion. Il pourrait être formulé de la manière suivante :

> « *Afin de ne pas entraver la liberté d'expression et d'information garantie par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux, le droit de communication au public fait l'objet d'une exception obligatoire en faveur de certains usages de l'hyperlien relevant de la technique de la transclusion. Toutefois, le bénéfice de cette exception est limité par les deux conditions cumulatives suivantes : i) le lien n'a pas été fourni dans un but lucratif ; (ii) le poseur d'un tel lien ne savait pas ou ne pouvait pas savoir que l'œuvre ou l'objet protégé vers lequel il a renvoyé a été communiqué au public sans l'autorisation du ou des titulaires de droits* ».

377. L'exception ainsi introduite par le considérant devrait ensuite trouver sa place dans le corps de la directive, selon une formulation proche de celle que nous venons demployer. Cette méthode concilierait le régime de liberté de l'hyperlien dans le respect du droit d'auteur européen. La construction proposée permettrait ainsi de parvenir à un résultat proche du régime élaboré par la Cour de justice, sans que le droit de communication au public ne soit articulé autour de critères déstabilisant la cohérence du droit d'auteur européen. Un tel régime aurait également pour avantage d'opérer un rééquilibrage au profit des titulaires de droits, en accord avec les récentes initiatives européennes portant sur le partage de la valeur en ligne. En effet, les opérateurs, tels que les moteurs de recherche d'images, qui ont massivement recours à la technique de la transclusion dans un but lucratif, pourraient se voir opposer le droit de communication au public. Les titulaires de droits seraient ainsi en position de négocier l'utilisation des œuvres qu'ils exploitent avec les opérateurs précités. De la sorte, un rééquilibrage de la répartition de la valeur générée par les contenus liés pourrait s'opérer. Le régime que nous proposons s'inscrirait donc pleinement dans l'objectif prôné par la Commission européenne d'un meilleur partage de la valeur entre les plateformes en ligne et les fournisseurs de contenus.

378. La mise en place d'un tel régime requerrait, il est vrai, une intervention législative. Mais il nous semble que la cohérence et la prévisibilité du droit de l'Union européenne est à ce prix. Gageons en outre qu'une cette intervention serait entièrement justifiée dans le cadre de la stratégie pour un marché unique numérique défendue par la Commission européenne. L'hyperlien, par le biais de ses différents usages, est en effet au cœur de la circulation de l'information et des contenus au sein du marché unique.

Conclusion de la section 1

379. Le régime de l'hyperlien en droit d'auteur s'avère particulièrement instable et ne satisfait pas à l'impératif de sécurité et de prévisibilité du droit[831]. Les sources de cette instabilité sont doubles. Elles proviennent des notions de « nouveau public » et de « connaissance de l'illicéité » autour desquels le régime de l'hyperlien s'articule. Au plan théorique, ces notions conduisent à modifier les fondements de la notion de communication au public et s'inscrivent en rupture des principes sur lesquels le droit d'auteur européen est conçu. Un régime vicié sur le plan conceptuel engendre inexorablement des difficultés d'interprétation de la règle de droit, nuisibles sur le plan pratique. Les notions précitées sont, il est vrai, d'un maniement complexe et parfois imprévisible. Il nous est donc apparu légitime de proposer une modification du régime de l'hyperlien en droit d'auteur de manière à en consolider le statut. Il s'agissait, en conséquence, de penser un régime juridique au sein duquel les critères du « nouveau public » et de « connaissance de l'illicéité » n'auraient pas servi à apprécier l'existence d'un acte de communication au public du fait de l'hyperlien.

380. Dans cette optique, deux cas de figures ont été analysés. Le premier a consisté à étudier un régime juridique dans lequel l'hyperlien aurait été soumis *per se* au droit de communication au public. Nous avons alors envisagé que ce retour au principe du droit exclusif puisse être concilié avec la liberté de lier en ayant recours aux exceptions au droit d'auteur ou à une éventuelle licence obligatoire. Quoique cohérente, cette approche n'est cependant pas équilibrée : la liberté de lier y est conçue comme une simple tolérance et non comme une véritable liberté. Le second cas de figure repose sur une logique inverse : elle consiste à dire que l'établissement d'un lien n'entraîne pas, en principe un acte de communication au public, non parce que le lien ne transmet pas l'œuvre mais parce que l'hyperlien, en lui-même, ne communique pas la forme de l'œuvre au public. En effet, dans ce cas la pose d'un lien ne peut conduire à une exploitation de l'œuvre pointée, puisque le public du lien n'est pas le public de l'œuvre. En revanche, les liens transclusions, qui délivrent la forme de l'œuvre, seraient soumis en principe au droit exclusif. Il pourrait néanmoins être envisagé de créer une exception au droit d'auteur applicable à certains usages du lien transclusion.

La mise en cohérence du statut de l'hyperlien suppose également une articulation logique entre le régime de l'hyperlien en droit d'auteur et l'objectif d'un meilleur partage de la valeur en ligne portée par la directive DAMUN.

---

[831] Sur l'impératif de sécurité juridique en droit, v. notamment Bergel J-L, Théorie générale du droit, 5ème éd, 2012. Dalloz, coll. Méthode du droit, 399 p. n°29-1.

Section 2. - Une construction nécessitant une articulation claire avec la directive DAMUN

381. Le 14 septembre 2016, la Commission européenne divulguait sa proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique. Cette dernière vise à moderniser le droit d'auteur européen et à l'adapter aux évolutions technologiques intervenues depuis la directive « InfoSoc »[832]. Selon l'exposé des motifs de la proposition, cette modernisation implique notamment un partage équitable de la valeur issue les contenus en ligne « *pour garantir la viabilité du secteur des publications de presse* »[833], les éditeurs de presse étant en difficulté pour « *accorder des licences portant sur l'utilisation en ligne de leurs publications et à obtenir une part équitable de la valeur générée* ». Cette problématique a déjà été abordée lorsque nous avons traité de l'application du droit d'auteur aux liens présentés par les créateurs automatiques de liens que sont les moteurs de recherche, les agrégateurs d'information et les réseaux sociaux.

382. Nous avions déjà envisagé que ce nouveau droit voisin représenterait pour ces opérateurs une limite pour l'activité de lier, sans toutefois déterminer le degré de contrainte qui s'exercerait. L'articulation du régime de l'hyperlien en droit d'auteur, favorable à la liberté de lier, avec les enjeux du partage de la valeur portée par ce nouveau droit voisin, apparaît à cet égard délicate. Les institutions de l'UE semblent toutefois avoir pleinement conscience de la nécessité de prévoir une articulation cohérente afin de préserver la liberté de lier. L'étude de ce droit voisin, en partant de la proposition initiale de la Commission européenne pour arriver au texte définitivement voté par le Parlement européen[834], montrera en effet que l'adoption de cette directive s'est progressivement articulée avec la liberté de lier (§1). Des zones d'ombre demeurent néanmoins, notamment en raison de l'absence de délimitation du champ d'application personnel de ce nouveau droit. Nous envisagerons donc les conditions théoriques qui, selon nous, permettraient de favoriser une articulation plus cohérente du droit voisin avec la liberté de lier (§ 2).

---

832 V. Communication de la Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM (2015) 192 final, 06/05/2015 ; Commission européenne, Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur, COM (2015) 626 final, 09/12/2015.

833 Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, préc., p. 3.

834 Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

§ 1. - Une proposition s'articulant progressivement avec la liberté de lier

383. Traduction d'une conception ambitieuse du partage de la valeur en ligne, le droit voisin initialement proposé par la Commission européenne en 2016 était en contradiction avec le régime du lien en droit d'auteur et avec la liberté de lier (A). Après de vifs débats, ayant abouti en juillet 2018 au rejet de la proposition de directive, cette dernière a été définitivement adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2019. Dans cette dernière version, la directive DAMUN marque un réel progrès du point de vue de la cohérence du statut du lien en droit européen de la propriété intellectuelle (B).

A. Une proposition initiale en contradiction avec la liberté de lier

384. Dans sa version initiale, la proposition de la Commission européenne prévoyait un nouveau droit voisin des éditeurs de presse, d'une durée de 20 ans et portant sur la « Protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations numériques ». Au regard de la finalité et de l'intitulé de ce nouveau droit exclusif, de nombreux acteurs se sont rapidement et légitimement interrogés sur le point de savoir si la pose d'un hyperlien s'apparentait à une utilisation interdite d'un contenu en ligne. Le considérant 33 de la proposition semblait pourtant en écarter la possibilité (1). En réalité, au vu du champ d'application du droit voisin proposé à l'origine, cette exclusion apparaîssait relative (2).

1° Une exclusion de l'hyperlien affirmée par le considérant 33 de la proposition

385. La proposition initiale de la Commission européenne prévoyait d'accorder un droit exclusif de reproduction et de mise à disposition pour l'utilisation numérique de leur contenu de presse[835]. Le considérant 34 précisait que ces deux prérogatives avaient une portée identique au droit de reproduction et de communication au public conférés par la directive 2001/29. En conséquence, la jurisprudence de la CJUE sur l'application du droit de communication au public en matière d'hyperlien s'appliquait *mutatis mutandis* au droit voisin des éditeurs de presse prévu par la Commission européenne. C'est donc en toute logique que le considérant 33 de la proposition de la Commission européenne précisait que la protection accordée aux éditeurs de presse « *ne s'étend pas aux actes de création de liens hypertextes qui ne*

[835] L'article 11 de la proposition de directive énonce que les États membres doivent conférer aux éditeurs de presse « *les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE* ». L'article 2 porte sur le droit exclusif de reproduction accordé aux auteurs et aux titulaires de droit voisin. L'article 3 § 2 précité vise le droit exclusif de mise à disposition accordé aux titulaires de droit voisin. L'article 11 de la proposition de directive n'inclut pas le droit de communication au public, puisque ce dernier est réservé aux auteurs par la directive 2001/29.

constituent pas une communication au public ». Il faut toutefois observer que les considérants d'une directive n'ont en général qu'une valeur interprétative. Ils n'ont donc pas directement d'effet contraignant.

386. Cela étant dit, il ressortait d'une lecture *a contrario* du considérant 33 que les hyperliens constituant une communication au public étaient, en revanche, couverts par le texte de la Commission européenne. Les limites étaient alors les mêmes qu'en droit d'auteur. L'hyperlien qui contournerait des mesures techniques restreignant l'accès à l'œuvre, était couvert par le nouveau droit voisin. Tel aurait pu être le cas d'un moteur de recherche ou d'un agrégateur d'information ne respectant pas les protocoles d'exclusion de référencement éventuellement mis en place par le site de l'éditeur de presse. L'hyperlien qui aurait renvoyé vers une publication de presse illicite aurait également été couvert par le droit voisin en cas de connaissance de l'illicéité par le lieur.

387. Les hyperliens pointant vers des contenus de presse semblaient ainsi exclus du champ d'application de la proposition de la Commission européenne. En dépit de ces précautions, il ressortait de la proposition de la Commission européenne que l'hyperlien risquait de rentrer dans le champ d'application du droit voisin.

2° Une exclusion relative au regard de l'étendue du champ d'application de la proposition

388. Contrairement à ce que l'énoncé du considérant 33 laissait penser, il résulte d'une analyse approfondie du texte initial que l'exclusion de l'hyperlien du champ d'application du droit était très relative. La proposition de la Commission européenne risquait effectivement d'inclure directement l'hyperlien dans son champ d'application, par le biais du droit de reproduction. Alors que la protection accordée par la proposition ne s'étendait pas aux actes de création de liens ne constituant pas une communication au public, rien n'était dit, en revanche, du rapport entre l'hyperlien et le droit de reproduction. Dans le même temps, le droit voisin envisagé par la Commission européenne accordait aux éditeurs de presse un droit de reproduction sur l'utilisation numérique de leurs publications, y compris sur une partie de celle-ci[836]. Or dans le domaine de la presse et de l'actualité, il est fréquent que l'hyperlien reproduise le titre du contenu vers lequel il renvoie. Le titre est, en effet, fréquemment repris par l'URL de l'hyperlien ou par le pointeur. Si de telles reprises peuvent échapper au droit d'auteur, le droit voisin proposé par la Commission européenne était en revanche destiné à les couvrir. Il est vrai qu'aucun critère

[836] En vertu de l'article 11 § 2 de la proposition, ce droit de reproduction est défini par rapport au droit de reproduction énoncé à l'article 2 de la « directive InfoSoc ». Or ce droit couvre les reproductions en tout ou en partie de l'objet protégé.

relatif à l'originalité de l'élément reproduit ou à l'ampleur de la reproduction ne conditionnait explicitement la protection, au contraire du droit d'auteur. Il était donc possible de considérer que la reproduction du titre ou d'une partie de la publication de presse dans l'URL du lien ou dans le pointeur était couverte par le droit voisin. En Allemagne, les éditeurs de presse avaient d'ailleurs plaidé en faveur d'une telle interprétation de la « *Lex Google* » allemande[837]. La formulation du texte de la Commission européenne risquait, par conséquent, de compromettre le régime de liberté que la CJUE a élaboré pour l'hyperlien en droit d'auteur.

389. Par ailleurs, en ciblant de manière générale l'utilisation de fragments de contenus de presse - parfois appelés *snippet* - la proposition de la Commission européenne amoindrit indirectement la liberté de lier. En effet, ce fragment offre à l'internaute les éléments de contexte nécessaire lui permettant de déterminer s'il est pertinent de cliquer sur le lien[838]. À l'inverse, un lien à l'état brut, sous forme d'URL, n'offre que peu d'information sur le contenu pointé. Son utilité est donc moindre pour l'internaute en recherche d'information. Le *snippet*, l'extrait du contenu lié est, à ce titre, souvent un complément indispensable de l'hyperlien. Quoi qu'il en soit, cette pratique est courante sur Internet : elle est évidemment au cœur de l'activité des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information et l'ensemble des poseurs de liens y ont également recours, notamment sur les réseaux sociaux. À cet égard, contrairement à ce que d'aucuns soutiennent[839], cette pratique nous semble indissociable de la liberté de lier[840]. Dès lors, si la proposition ne s'attaque pas directement à l'activité de lier en soumettant l'utilisation de fragments de contenus de presse à un régime d'autorisation, elle en amoindrit considérablement la portée. Cet effet est d'autant plus marqué que, à l'inverse des initiatives locales allemande et espagnole[841], le texte initial de la Commission européenne avait vocation à s'appliquer indistinctement aux utilisations numériques, commerciales et non commerciales, des contenus de presse.

390. Dit autrement, si l'activité des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information était couverte par le droit - ce qui est logique au regard l'objectif d'un meilleur partage de la valeur - il en allait

---

[837] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc, n°132.

[838] *Ibid*., n°43.

[839] V. Franceschini L., CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse, préc.

[840] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°43.

[841] La loi allemande énonce explicitement que le droit ne couvre que les actes de mise disposition effectués dans un cadre commercial par les opérateurs de moteurs de recherche ou des services éditant les publications protégées, Copyright Act of 9 september 1965 (Federal Law Gazette I, p.1273), as last amended by Article 1 of the Act of 20 December 2016 (Federal law Gazette I, p.3037), art. 87 g) ; la loi espagnole vise elle expressément les services d'agrégation d'information, Xalabader R., The remenerated statutory limitation for news aggregationand search engine proposed by the spanisch governement, préc.

de même des utilisations privées[842]. À titre d'illustration, les internautes qui, sur un réseau social tels *Twitter* ou *Facebook*, établissent quotidiennement des liens vers des publications de presse, auraient potentiellement pu se voir opposer le droit voisin puisque ces liens sont régulièrement accompagnés d'extraits des contenus liés. Subséquemment, les réseaux sociaux, qui assurent la diffusion de ces liens auraient probablement pu se voir opposer ce droit voisin[843]. L'étude d'impact réalisée par la Commission européenne en prévision de sa proposition incline en ce sens puisqu'elle inclut les réseaux sociaux dans la problématique relative au partage de la valeur générée par les publications de presse[844]. Cet aspect de la proposition de la Commission européenne engendrait donc un risque réel pour la liberté de lier des utilisateurs d'Internet.

391. Trop incertaine quant à son champ d'application, la proposition de la Commission europpéenne apparaît donc comme l'exemple-type d'une mauvaise articulation entre, d'une part, l'objectif d'un partage équitable de la valeur générée par les publications de presse et, d'autre part, la liberté de lier résultant du régime de l'hyperlien en droit d'auteur. Vivement critiquée, notamment eu égard à son impact sur la liberté de lier, cette proposition a été modifiée et précisée par le Parlement européen. L'articulation opérée, si elle reste imparfaite, gagne en cohérence.

B. Une proposition modifiée plus cohérente au regard de la liberté de lier

392. La version du droit voisin adoptée par le Parlement européen a conduit à préciser et à resserrer son champ d'application. Il s'agit là d'une démarche favorable à la liberté de lier (1). Toutefois quelques flous subsistent quant à l'exclusion de l'hyperlien du champ d'application du droit voisin (2).

---

842 En ce sens, Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°66.

843 European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301Final, Part 1, 14/09/2016, p. 157 : « *However, the large proportion of press publishers' content available online has also favoured, over time, the emergence of online service providers, such as social media and news aggregators, which base in full or in part their business models on reusing or providing access to such content* ».

844 European Union Commission, Impact Assesment on the modernization of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301Final, Part 1, 14/09/2016, p. 157 : « *However, the large proportion of press publishers' content available online has also favoured, over time, the emergence of online service providers, such as social media and news aggregators, which base in full or in part their business models on reusing or providing access to such content* ».

1° Une délimitation plus précise du périmètre du droit voisin favorable à la liberté de lier

393. Le droit voisin dans sa dernière version reprend l'intitulé d'origine à la différence près de sa numérotation. Il figure désormais à l'article 15 de la directive et non plus à l'article 11. Quant aux droits conférés aux éditeurs de publication de presse, ils demeurent les mêmes. Toutefois, l'étendue du droit et son opposabilité ont été revues. S'agissant de l'étendue du droit, il convient d'observer que l'exclusion des hyperliens paraît bien plus claire : l'article 15 § 1 prévoit en effet que le droit conféré aux éditeurs de presse « *ne s'applique pas aux actes liés aux hyperliens* ». Cette insertion marque un progrès à plusieurs égards par rapport à la proposition de la Commission européenne. Tout d'abord, l'exclusion des hyperliens du champ d'application du droit a désormais une valeur normative et non uniquement interprétative puisque cette exclusion figure dans le corps de la directive et non dans un simple considérant.

394. Ensuite, et surtout, la formulation employée par le Parlement européen est plus favorable à la liberté de lier car elle écarte purement et simplement les hyperliens du champ d'application du droit. L'exclusion couvrant les liens qui ne *constituent pas un acte de communication au public* dans la proposition initiale est effet remplacée par une exclusion des *actes liés aux hyperliens* dans la version adoptée par Parlement européen. Alors que la formulation employée par la Commission européenne laissait craindre que l'activité de lier ne soit contestée sur le terrain du droit de reproduction accordé aux éditeurs de presse, le Parlement européen lève ce doute. Tous les actes nécessaires à la pose d'un lien, y compris les actes de reproduction, sont exclus du champ d'application du droit. Du point de vue de la sécurité juridique, ce changement est bienvenu puisque l'activité de lier s'en trouve sécurisée. Nous nous étonnons cependant que la version du Parlement européen ne fasse pas référence aux distinctions opérées par la CJUE quant à la licéité des liens renvoyant vers une publication non autorisée ou dont l'accès est restreint par des mesures techniques. Il faut sans doute comprendre que face à ce type de liens, le droit commun, à savoir le droit d'auteur, trouvera à s'appliquer. Enfin, l'exclusion opérée par le Parlement tend à confirmer le statut d'exception de l'hyperlien eu égard au droit européen du droit d'auteur et des droits voisins. Reste à savoir ce que recouvre la désignation des « actes liés aux hyperliens », cause d'incertitudes quant à l'exclusion réelle des hyperliens du champ du droit voisin.

395. Par ailleurs, nous avions souligné que l'étendue du champ d'application du droit voisin, relativement incertaine, pouvait limiter indirectement la liberté de lier. Effectivement, l'inclusion de toute utilisation des fragments de contenus de presse dans le champ de la protection nous était apparue susceptible d'affecter, par ricochet, l'activité de lier dans son ensemble. Souvent indispensables à l'utilisation de l'hyperlien, ces fragments sont effectivement employés par tous types d'acteurs, moteurs

de recherche, agrégateurs d'information, réseaux sociaux ou encore par de simples internautes. Leur inclusion générale dans le champ de la protection posait donc un réel problème du point de vue de la liberté de lier.

396. Le texte du Parlement européen marque, de ce point de vue, un véritable progrès. Tout d'abord, l'article 15 § 1 bis permet d'accompagner l'hyperlien de quelques mots isolés ou de très courts extraits. Ensuite, il est précisé au considérant 56 que, outre les publications scientifiques, toujours exclues du champ d'application du droit, la protection ne couvre pas les « *sites internet, tels que les blogs, qui fournissent des informations dans le cadre d'une activité qui n'est pas effectuée à l'initiative, et sous la responsabilité et le contrôle éditorial* ». Le considérant 57 exclut, par ailleurs, les simples faits du champ d'application du droit exclusif. L'objet du droit apparaît donc moins étendu : l'exclusion de courts ensembles de mots et des informations factuelles pourrait permettre d'accompagner les hyperliens d'informations relatives aux contenus liés.

397. Quant à l'opposabilité du droit voisin, l'article 15 § 1 précise que ne sont couvertes que les utilisations numériques des publications de presse réalisées par des prestataires de service de la société de l'information. En conséquence, seules sont concernées les utilisations adossées à une activité économique. Logiquement, l'article 15 § 1 bis poursuit en énonçant que le droit voisin ne s'applique pas « *aux utilisations à titre privé ou non commercial, de publications de presse faites par des utilisateurs individuels* ». Cette précision vient combler l'une des lacunes de la proposition initiale et est décisive du point de vue de la liberté de lier : la dernière version du texte n'étend donc pas la protection aux parties de publications de presse accompagnant des liens créés par des particuliers. Cette exclusion devrait également concerner les liens partagés sur les réseaux sociaux, qui sont souvent accompagnés de *snippets*[845]. Le droit voisin européen, dans sa dernière version, se rapproche en cela des initiatives allemande et espagnole, plus ciblées.

Pour autant, la version du texte adopté par le Parlement européen n'est pas exempte de tout reproche quant à son articulation avec le régime du lien en droit d'auteur.

[845] Rappr. Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°161.

2° Une délimitation laissant subsister certains flous quant à l'exclusion des hyperliens

398. Notre principal reproche concerne le statut des parties de contenus accompagnant les liens. Nous avons défendu l'idée que ces fragments étaient indissociables du lien, en particulier dans le cadre des services de moteurs de recherche et d'agrégation d'actualité. L'objectif de ces fragments est de permettre à l'utilisateur de déterminer si l'information à laquelle il pourrait accéder grâce à l'hyperlien lui sera utile[846]. S'agissant de l'utilisation de ces fragments dans un contexte non commercial, le texte est clair : il s'agit d'utilisations de contenus de presse exclues du champ de la protection ; nous l'avons déjà évoqué. Qu'en est-il en revanche des *snippets* accompagnant les liens figurant dans les résultats recherche ou dans les agrégateurs d'actualité ? À cet égard, le texte prévoit que le droit voisin ne s'applique pas aux hyperliens *accompagnés de mots isolés ou de très courts extraits*. Sans doute, cette expression renvoie-t-elle à l'idée de mots clés, voire d'un titre, ce à quoi les *snippets* ne correspondent pas : le plus souvent, ils sont en effet constitués des premières lignes des contenus de presse pointés. Par le truchement, des extraits de contenus liés, il semble donc que les liens posés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information se trouvent indirectement couverts par le droit voisin, sauf à ce que cet acte puisse bénéficier d'une exception au droit d'auteur. On rappellera, à cet égard, les incertitudes qui entourent le régime des exceptions dans le contexte de ce nouveau droit voisin[847].

399. Par ailleurs, sans hyperlien, il sera extrêmement compliqué d'établir une relation entre l'utilisation prétendument illicite et une publication de presse spécifique[848]. Monsieur Alexander Peukert relève, à ce sujet, qu'il s'agit là d'une difficulté sérieuse car de nombreux contenus de presse font l'objet d'une publication parallèle. Des discours de personnages publics, des informations fournies par une agence de presse, des images et des vidéos sont en effet fréquemment publiés sur plusieurs sites de presse en ligne[849]. Dans ces circonstances, la mise en œuvre du droit serait impossible sans hyperlien indiquant l'origine de l'utilisation du contenu de presse. Par l'intermédiaire des extraits de contenus liés, il semble ainsi que les liens posés par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information se trouvent indirectement couverts par la proposition de droit voisin.

400. Cette critique n'a pas pour objectif de remettre en cause le choix des institutions européennes de soumettre certains usages de l'hyperlien à l'emprise d'un nouveau droit exclusif, ce choix relèvant d'abord

---

[846] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., n°43.
[847] V. *supra*, n°297 et s.
[848] Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses, préc., p. n°158 et 159.
[849] *Ibid*., n°121 à 123.

d'une décision politique[850]. Cependant, nous avons montré que le contenu du droit voisin soulève certaines difficultés au regard du régime de l'hyperlien en droit d'auteur, tel que la CJUE l'a façonné. Au plan théorique, nous sommes d'avis qu'une meilleure articulation est possible, sous certaines conditions.

§ 2. - Les paramètres d'une articulation cohérente du nouveau droit voisin des éditeurs de presse avec la liberté de lier

401. Une articulation cohérente entre le droit voisin des éditeurs de presse et le régime de l'hyperlien droit d'auteur implique d'abord de reconnaître que certains usages de l'hyperlien seront concernés par ce droit, ne serait-ce qu'indirectement. Il est en effet indéniable que les liens font partie du « système de référencement »[851] des contenus de presse que ce nouveau droit exclusif entend régir. À partir de ce constat comment est-il possible de justifier que l'activité de lier soit limitée par un droit voisin des éditeurs de presse ? Comment justifier que des hyperliens soient soumis à un régime d'autorisation lorsqu'ils participent au référencement de contenus de presse alors que, s'agissant d'autres contenus, ils bénéficient d'un régime de liberté au titre du droit d'auteur ? La recherche d'un fondement précis pour ce droit est susceptible d'apporter une justification théorique recevable en ce qu'elle permet d'isoler conceptuellement l'agrégation de liens du simple hyperlien (A). Il conviendra ensuite de tirer les conséquences de ce fondement sur l'étendue d'un droit voisin des éditeurs de presse : il pourrait être retenu de limiter le champ d'application personnel du droit voisin aux seuls agrégateurs d'information – ou agrégateurs d'actualité (B).

A. Un fondement précis : l'appréhension d'un effet de substitution entre les publications de presse et les hyperliens agrégés

402. L'une des principales raisons avancées par la Commission européenne pour instaurer un nouveau droit voisin des éditeurs de presse tient au fait que les services des moteurs de recherche, des agrégateurs d'actualité et des réseaux sociaux, qui fournissent un accès aux publications de presse, se substitueraient, auprès des utilisateurs finaux, à la consultation de ces publications[852]. Dans cette optique, le juge belge

---

850 Sur la différence entre politique juridique et science du droit, v. Barraud B., La recherche juridique. Science et pensées du droit, 2016, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 550 p. spéc., p. 231 et s.

851 Benabou V-L., Zolynski C., Cytermann L., CSPLA, Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques, 2018, p. 102.

852 European Commission, Commission Staff Working Document on the modernisation of copyright rules, SWD (2016) 301 Final, du 14/09/2016, p. 157.

relevait dans l'affaire *Copiepresse*, que les liens et les extraits fournis par les intermédiaires précités permettraient aux internautes d'être « *parfaitement informés de l'essentiel de ce qui est publié dans la presse, sans qu'il soit nécessaire de consulter les articles eux-mêmes* »[853]. Cet effet de substitution conduirait à une captation indue par les plateformes précitées de la valeur créée par les organismes de presse européens[854]. Afin de permettre aux éditeurs de presse de maîtriser la circulation de cette valeur, il serait nécessaire, selon la Commission européenne, de conférer aux éditeurs de presse un nouveau droit voisin pour l'utilisation de leur contenu en ligne[855].

403. Théoriquement, dans le champ de la propriété littéraire et artistique, l'effet de substitution décrit ci-dessus, peut s'analyser de la manière suivante : les utilisateurs des services fournissant un accès aux publications de presse sont en mesure de jouir de l'œuvre directement, sur ces services, sans avoir à se rendre sur les sites des éditeurs de presse[856]. Toutefois, ainsi que nous l'avons montré, la fourniture de liens simples ne conduit jamais à délivrer la forme de l'œuvre pointée. Comment alors expliquer que des liens puissent se substituer à un contenu de presse ?

404. La perspective doit alors être légèrement différente. Afin de fonder conceptuellement la création de ce nouveau droit, il est possible de considérer que ces services, en agrégeant des hyperliens et de courts extraits des publications, permettent de reconstituer les contenus vers lesquelles ils pointent, à la manière d'un panorama de presse. En ce sens, l'agrégation de liens, accompagnés d'extraits de contenus, délivrerait la « quasi-forme » des publications ciblées. Elle se susbstituerait ainsi à leur communication initiale. C'est peut-être sous ce jour que la formulation « simples hyperliens » utilisée dans le texte voté par le Parlement européenne doit être comprise : conceptuellement de simples hyperliens doivent être opposés à un ensemble de liens agrégés et structurés.

405. Un droit voisin des éditeurs de presse, qui couvrirait les usages du lien permettant de reconstituer la « quasi-forme » des publications de presse, serait en cohérence avec le régime de l'hyperlien que nous proposons. En effet, le public visé par de tels liens n'est plus uniquement le public recherchant la référence des publications de presse, mais surtout le public ciblé à l'origine par les publications de presse. Ce constat

---

853 CA de Bruxelles 5 mai 2011, Google c. Copiepresse, point 32.
accessible à :https://www.copiepresse.be/images/file/Google/Copiepresse_jugement_appel_contre_Google_5_mai_2011(2).pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

854 En ce sens, Vercken G., Référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle, in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., spéc., p. 166.

855 Il s'agit également de la principale justification avancée en doctrine. V. notamment Franceschini L., CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse, préc., p. 18 et s.

856 V. *Ibid*., page 17 et 18.

pourrait donc justifier que l'activité consistant à agréger des hyperliens soit soumise un droit voisin des éditeurs de presse.

406. Pour autant, cette limite à la liberté de lier ne devrait concerner que l'agrégation de liens qui a pour effet de reconstituer effectivement la forme - ou la « quasi-forme » - des publications de presse pointées. Or dans ce schéma théorique, le problème vient du fait que la détermination du seuil à partir duquel s'opère la substitution entre les liens agrégés et la publication liée implique nécessairement une part de subjectivité[857] : elle dépend des attentes propres à chacun en matière de contenus de presse. Pour les uns, quelques liens suffiront à percevoir l'essentiel des publications liées. Pour les autres, en revanche, un ensemble plus étoffé de liens personnalisés et accompagnés d'extraits, d'images ou de résumés serait nécessaire. En France, ce type de raisonnement a été employé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Microfor*[858] et fut, à juste titre, largement critiqué par la doctrine. La haute juridiction française avait effectivement considéré que l'opposabilité du droit d'auteur à la constitution d'un index, composé de titres et de résumés d'œuvres, dépendait du fait de savoir si cet index dispensait les utilisateurs de consulter les œuvres référencées (en l'occurrence des articles de journaux). La doctrine avait estimé que les contours de la notion de substitution étaient « *trop incertains pour fonder une solution juridique* »[859]. Il est vrai que cet effet de substitution-reconstitution, par trop subjectif, est difficilement opératoire. De ce fait, il ne saurait servir de critère d'application d'un droit voisin des éditeurs de presse.

407. En revanche, il nous semble possible d'objectiver cet effet de substitution par référence à certaines activités particulières de créations de liens. De la sorte, un droit voisin des éditeurs de presse serait doté de bases conceptuelles solides : il serait fondé sur un effet substitution entre les liens accompagnés de *snippets* et les contenus de presse. Ce droit voisin aurait également un champ d'application personnel précisément délimité par l'objet des activités dont il serait énoncé qu'elles conduisent à un effet de substitution. Les lois

857 Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°427.

858 Cass., Ass. plén., n°86_11918, 30 octobre 1987, *Microfor*.

859 Catala P., cité par Sirinelli P., L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale, Rec. Dalloz, n°344, 1993, p. 323.

allemande et espagnole visant un rééquilibrage du partage de la valeur au profit des éditeurs de presse ont procédé de cette manière[860], au contraire de la proposition de la Commission européenne.

B. Un champ d'application personnel du droit voisin restreint aux agrégateurs d'information

408. Dans cette perspective, un droit voisin des éditeurs de presse ne devrait porter que sur l'activité d'agrégation d'informations ou d'actualités, comme dans le dispositif espagnol. Deux raisons connexes viennent justifier cette approche. La première tient au fait que l'effet de substitution évoqué ci-dessus ne semble pouvoir être effectivement caractérisé que dans le domaine de l'agrégation automatisée d'information ou d'actualité. Les agrégateurs d'actualité, tels que *Google News*, *Bing News* ou *Qwant actualités*, sont des moteurs de recherche dédiés à l'actualité et aux contenus journalistiques[861]. Ils ont la particularité de fournir des aperçus thématiques de l'actualité avant que l'utilisateur n'ait effectué la moindre recherche[862]. Or ce trait caractéristique nous paraît essentiel du point de vue de l'effet de substitution : en abordant une même et unique thématique, les liens agrégés et les extraits les accompagnant font naître un risque de reconstitution des contenus liés. Ce risque de substitution lié à la fonction d'agrégation justifierait que ces opérateurs soient saisis par un droit voisin des éditeurs de presse.

409. Par ailleurs, à l'instar des initiatives allemandes ou espagnoles ce nouveau droit exclusif s'appliquerait à n'importe quelle utilisation commerciale d'un contenu, sans écarter *a priori* l'hyperlien, de façon à pouvoir toujours rattacher cette utilisation à un contenu spécifique. Sous cet angle, la non exclusion de l'hyperlien du champ d'application du droit nous paraît plus cohérente. Cette limitation à la liberté de lier serait toutefois compensée par un champ d'application personnel restreint. En effet, le droit ne devrait être opposable qu'aux agrégateurs d'information, à l'instar de la loi espagnole, et à l'exclusion de tout autre prestataire de services. Dès lors, à la façon de la loi espagnole sur le droit d'auteur, le champ d'application personnel d'un droit voisin des éditeurs de presse pourrait être cantonné aux services

---

860 V. European Parliament, Study for the JURI committee, Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, 2017, p.14 et 15 : la loi allemande sur le droit d'auteur prévoit que le droit voisin des éditeurs de presse ne concerne que les opérateurs de moteurs de recherche ou les éditeurs de contenus agissant dans un but commercial. La loi espagnole sur le droit d'auteur prévoit, quant elle, une exception obligatoire au profit des agrégateurs d'actualité, compensée par une rémunération équitable. Les moteurs de recherche en sont expressément exclus dès lors que leur accès est gratuit. Sur ce dernier point, v. Xalabader R., The remenerated statutory limitation for news aggregation and search engine proposed by the spanisch governement : its compliance with international and EU law, IN3 Working Papers Series, p. 14, accessible à :< http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2504596>. Dernier accès le 01/03/2019.

861 Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, Research Paper of the Faculty of Law, Goethe University Frankfurt am Main, n° 22/2016, n°50.

862 *Ibid*.

suivants : « *l'agrégation de contenus mettant à disposition des courts extraits de contenus, disponibles dans des publications périodiques ou des sites internet mis à jour régulièrement et qui ont pour objet la création d'une opinion publique ou le divertissement* »[863].

410. Les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux et *a fortiori* toute utilisation non commerciale de contenus de presse devraient donc être expressément exclus du champ d'application du droit. En fournissant ou en distribuant des liens vers des contenus de natures diverses, les moteurs de recherche et les réseaux sociaux n'ont pas vocation à reconstituer le contenu se trouvant derrière chacun des liens.

411. La seconde raison justifiant de ne cibler que les agrégateurs d'information tient au fait qu'un droit voisin, au champ d'application trop vaste, serait nécessairement en contradiction avec la liberté de lier. Dans le même temps, les activités concernées seraient suffisamment étendues pour répondre à l'objectif poursuivi par la Commission européenne d'un meilleur partage de la valeur au profit des éditeurs de presse.

Conclusion de la section 2

412. La construction d'un régime juridique stable pour l'hyperlien en droit de la propriété intellectuelle suppose une articulation cohérente entre le régime de l'hyperlien en droit d'auteur et les enjeux relatifs au partage de la valeur en ligne. À cet égard, la proposition de droit voisin des éditeurs de presse, dont la finalité est d'organiser un partage de la valeur plus équitable entre les agrégateurs de liens et les éditeurs de presse, s'avère problématique. Le champ d'application particulièrement large du droit voisin dans la proposition initiale de Commission européenne laissait craindre que l'hyperlien puisse être directement et indirectement concerné par ce nouveau droit exclusif. Le texte dernièrement adopté par le Parlement européen a toutefois profondément restreint l'étendue de la protection : les usages non commerciaux de l'hyperlien y apparaissent plus clairement exclus. Par ailleurs, dans cette version, le nouveau droit exclusif ne devrait être opposable qu'aux moteurs de recherche et aux agrégateurs d'information. Si cela constitue sans aucun doute une limite à la liberté de lier de ces opérateurs, nous avons montré que cette limite pouvait être justifiée sur un plan théorique : l'agrégation de liens se distingue en effet de la simple fourniture d'hyperliens en ce qu'elle communique au public la substance des contenus de presse pointés. L'agrégateur de liens exploite de ce fait le même public que l'éditeur de presse à la différence du simple hyperlien. Nous avons toutefois défendu l'idée que cet effet de substitution était l'apanage des agrégateurs

[863] European Parliament, Study for the JURI committee, Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, 2017 ; Van Eechoud M., A publisher's intellectual. Implications for freedom of expression, authors and open content policies. Research paper for OpenForum Europe, préc., p. 12 : traduction libre.

d'information puisque leur activité a pour objet d'offrir un panorama de la presse en ligne. Du point de vue de la liberté de lier, il nous semblerait donc plus cohérent de restreindre le champ d'application d'un droit voisin des éditeurs de presse à ce type d'activité seulement. *A contrario*, les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux, qui offrent un accès à des contenus de nature variée, et non spécifiquement à des contenus de presse, devraient en être exclus : ils ne paraissent pas aboutir à un effet de substitution.

Section 3. - Une construction impliquant de reconnaître le caractère variable de la communication du fait de l'hyperlien

413. Jusqu'alors, au cours de cette thèse, nous nous sommes évertués à montrer en quoi le statut juridique de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle est favorable à la liberté de lier. Toutefois, face à l'incohérence du droit positif, il paraît indispensable d'identifier, de manière synthétique, les contours de cette liberté au regard du droit d'auteur. Cette identification, de nature conceptuelle, permettra effectivement de mieux comprendre la manière dont les règles de la propriété peuvent s'appliquer de manière cohérente à l'hyperlien. Ce fil conducteur doit ainsi permettre de mieux penser la liberté de lier et ses limites. Dans cette optique, nous mettrons en évidence que la liberté de lier est conditionnée par le caractère variable de la communication du fait du lien. En effet, si l'on peut expliquer la liberté de lier par le fait que l'hyperlien joue un rôle de relais dans la communication sur Internet (§1), il faut tout autant admettre que l'hyperlien, au travers de certains usages, peut constituer une communication autonome et distincte du contenu pointé. Cette autonomie permet d'expliquer les limites à la liberté de lier (§2).

§ 1. - Une liberté de lier tenant à la fonction de relais assumée par l'hyperlien

414. Du point de vue du droit, la liberté de lier peut être expliquée par le fait que l'hyperlien joue un rôle de relais par le biais duquel l'acte de communication est facilité. Cette fonction de relais peut se déduire des critères permettant de dissocier la pose d'un lien, d'un acte de communication au public (A). Elle découle également du rôle indispensable que l'hyperlien joue dans l'exercice de la liberté d'expression (B).

A. Une fonction se déduisant des critères développés par la CJUE en matière de communication au public

415. Selon une approche synthétique, il nous semble que le régime prétorien de l'hyperlien a été conçu par la CJUE afin de caractériser les circonstances dans lesquelles l'hyperlien constitue uniquement le relais d'une communication librement accessible sur Internet. Le critère du « nouveau public », appliqué dans l'arrêt *Svensson*, est le pivot de cette approche : lorsqu'il fait défaut, ce critère permet au juge de dire que, si l'hyperlien participe bien à la communication de l'œuvre pointée (il est alors un acte de mise à disposition), il ne fait que prolonger cette communication sans la réémettre à un public d'exploitation. À défaut de cibler un public nouveau, l'hyperlien n'est donc qu'un relais destiné à faciliter la réception d'une œuvre. De la sorte, il se situe en dehors de la sphère du droit exclusif. Cette spécificité de la communication du fait du lien a été réaffirmée dans l'arrêt *Renckhoff*[864]. Dans cet arrêt, la CJUE devait répondre à la question de savoir si la mise en ligne sur un site Internet, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, d'une œuvre préalablement communiquée sur un autre site Internet constituait une communication au public. Afin de répondre à cette question, la Cour a expressément souligné que, contrairement à l'acte en cause au principal, l'établissement d'un hyperlien vers une œuvre librement accessible ne constituait pas une intervention décisive permettant une exploitation du public de ladite œuvre[865].

416. Le critère de « la connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée », issu de l'arrêt *GS Media*, peut être perçu de la même manière. Au point 48 de l'arrêt, la CJUE estime effectivement qu'une personne qui pose un lien vers une publication illicite, sans avoir connaissance de cette illicéité, ne joue pas un rôle incontournable dans la communication de cette publication. La Cour précise, à cet effet, qu'en principe, le public des internautes pouvait déjà avoir accès à la publication illicite sans l'intervention du poseur de liens. Le défaut de connaissance de l'illicéité caractérise ici la fonction de relais joué par l'hyperlien : il ne fait que faciliter la réception de l'œuvre illicite sans conduire à une nouvelle communication de cette dernière.

417. La réorganisation du régime juridique de l'hyperlien en droit d'auteur, qui a notre préférence, adopte également une approche similaire. Elle repose cependant sur une autre logique, qui nous a semblé plus prévisible et cohérente. Le fait qu'un hyperlien ne délivre pas la forme de l'œuvre le cantonne nécessairement dans sa fonction de relais facilitant la réception d'une communication par le public. En effet, dans cette hypothèse, le public du lien ne peut pas se confondre avec le public de l'œuvre. Le public

---

[864] CJUE 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff*, Rec. général.

[865] *Ibid*., point 45.

du lien est uniquement le public de la localisation de l'œuvre ainsi que du moyen d'y accéder, ce qui caractérise la fonction première de l'hyperlien. Le reproche peut être fait à la Cour de ne pas avoir suffisamment mis en évidence cette spécificité de l'hyperlien, alors qu'elle justifie la liberté de lier au regard du droit d'auteur. Cela est d'autant plus vrai que c'est spécifiquement cette fonction de relais qui rend l'hyperlien indispensable à l'exercice de la liberté d'expression sur Internet, ainsi que le reconnaît d'ailleurs la CJUE.

B. Une fonction se déduisant du rôle indispensable de l'hyperlien dans l'exercice de la liberté d'expression

418. Dans sa fonction de relais, l'hyperlien est indispensable à l'exercice de la liberté d'expression sur Internet. Telle est la position de la Cour de justice dans l'arrêt *GS Media* lorsqu'elle constate :

> « [...] *qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations* »[866].

419. La Cour se réfère ici à l'hyperlien comme un vecteur indispensable à la circulation et à la structuration de l'information sur Internet. C'est donc la fonction de relais de l'hyperlien que la Cour appréhende, ou qualifie, à l'aune de la liberté d'expression. Sans ce relais, l'exercice de la liberté d'expression et d'information sur Internet serait plus ardu puisque la circulation des informations et des opinions ne serait plus aussi « fluide ». Dans l'arrêt *Renckhoff*, la CJUE a d'ailleurs expressément souligné que le régime de liberté de l'hyperlien était un régime singulier, qui se justifiait au regard du rôle indispensable de cette technique dans le fonctionnement d'Internet[867].

420. Sur ce point, néanmoins, la Cour est peu prolixe. Elle aurait notamment pu expliquer de manière plus approfondie en quoi l'hyperlien est indispensable à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, tant du côté des créateurs de liens que des utilisateurs finaux. L'hyperlien est en effet un standard pour relayer une information ou un contenu sur Internet, les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information en étant évidemment des illustrations paroxystiques. Du côté des utilisateurs

---

[866] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 45.

[867] CJUE 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff,* Rec. général. points 39 et 40.

finaux, l'hyperlien facilite la réception de cette information, dont il permet la localisation et l'accès. Par ailleurs, le fait que l'hyperlien puisse ne pas véhiculer, en lui-même, un contenu ou une information ne constitue pas un obstacle à ce que le lien soit appréhendé sous l'angle la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Scarlet*, la CJUE a effectivement reconnu que la liberté d'expression et d'information a vocation à s'appliquer aux moyens de communication[868]. En dehors de l'ordre juridique de l'Union, mais toujours au plan européen, la CEDH l'a également énoncé clairement dans l'arrêt *Yildirim*. Selon la Cour de Strasbourg la liberté d'expression « *concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de diffusion de ces informations, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et de communiquer des informations* »[869]. Récemment, la CEDH a aussi précisé le statut de l'hyperlien au regard de la liberté d'expression dans la lignée de l'approche de la CJUE. Dans l'affaire *Magyar Jeti Zrt c. Hongrie* la Cour devait se pencher sur la compatibilité d'un système de responsabilité objective, applicable en droit hongrois à un hyperlien renvoyant vers des contenus diffamatoires, avec la Convention européenne des droits l'homme. La CEDH a estimé qu'un tel système de responsabilité sans faute violait l'article 10 de la Convention concernant la liberté d'expression. Pour ce faire, elle s'est notamment appuyée sur l'importance des hyperliens pour le bon fonctionnement d'Internet en les distinguant des modes traditionnels de diffusion : la Cour souligne, que contrairement à ces derniers, les liens ne font que diriger les internautes vers des contenus au lieu de les fournir[870]. En conséquence, il nous apparaît que la protection de la liberté d'expression et d'information justifie pleinement que l'hyperlien soit appréhendé comme une liberté, dès lors qu'il opère en tant que relais.

421. Mais cette explication n'est pas suffisante pour caractériser de manière abstraite et synthétiser l'étendue de la liberté de lier. Afin d'en cerner précisément le contour, il est absolument nécessaire de définir le moment où, par exception, cette liberté est limitée par le droit. La définition de cette limite est cruciale : elle permettra d'établir, en creux, le périmètre de cette liberté. Dans cette perspective, il nous semble que ces limites peuvent être expliquées par le fait que l'hyperlien devient autonome par rapport au contenu vers lequel il pointe. C'est donc un critère d'autonomie qui doit permettre d'apprécier les limites de la liberté de lier.

---

[868] CJUE 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended*, Rec. p. I-11959, point 52.

[869] CEDH 18 décembre 2012, n°3111/10, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, point 50.

[870] CEDH 4 décembre 2018, n°11267/16, Magyar Jeti Zrt c. Hongrie, spéc., points 73 à 76.

§ 2. - Des limites à la liberté de lier tenant à l'autonomie de l'hyperlien eu égard au contenu lié

422. Le critère d'autonomie de l'hyperlien, par rapport au contenu lié, permet d'exprimer, de manière synthétique et générale, quelles peuvent être les limites à la liberté de lier. L'autonomie, au sens étymologique, signifie le fait de se gouverner par ses propres lois, de se déterminer par soi-même[871]. Par extension, au sens commun, la notion désigne la capacité d'une entité à fonctionner de manière indépendante en dehors de tout contrôle extérieur[872]. C'est cette deuxième acception de la notion que nous retenons à propos de l'hyperlien. L'autonomie de l'hyperlien renvoie alors à l'idée selon laquelle ce dernier acquiert une existence propre, se distinguant du contenu vers lequel il renvoie. À ce titre, le lien ne serait plus l'accessoire neutre d'une communication initiale. Il serait, en tant que tel, une communication. Dit autrement, l'hyperlien n'est plus principalement le messager d'un contenu ou d'une information mais il devient lui-même « message ». L'approche est ici volontairement générale car les différentes dimensions de cette autonomie seront discutées dans les lignes qui suivront.

423. L'autonomie de l'hyperlien recouvre en effet trois dimensions distinctes qui caractérisent les limites de la liberté de lier. L'hyperlien autonome peut ainsi être le lien qui se substitue à l'identique à la communication de l'œuvre ou à l'objet protégé vers lequel il renvoie (A). Sans qu'il n'y ait d'effet de substitution *stricto sensu*, l'autonomie du lien peut également résulter du fait que sans l'hyperlien, le contenu pointé n'aurait pas d'existence effective sur les réseaux. Tel est le cas des liens renvoyant spécifiquement et intentionnellement vers des contenus illicites. Dans ce cas, l'hyperlien devient l'élément principal et déterminant de l'acte de communication (B). La dernière forme que peut prendre l'autonomie de l'hyperlien résulte du fait que ce dernier implique la création d'une forme nouvelle, qui le distingue et le sépare de la ressource pointée. Cette forme de l'autonomie du lien n'est pas encore acquise en droit de l'Union puisqu'elle est relative à l'éventuel droit voisin des éditeurs de presse proposé par la Commission européenne dans le cadre de la réforme du droit d'auteur. Il sera cependant intéressant de constater que l'autonomie de l'hyperlien par création d'une forme nouvelle permet d'expliquer et d'évaluer cette initiative (C).

---

[871] V. Clément E., Demonque C., Hansen-løve L., Kahn P., La philosophie de A à Z, 2000, Hatier, 479 p, p. 40.

[872] *Ibid*.

A. La substitution à l'identique de l'hyperlien et du contenu protégé

424. La caractérisation de l'autonomie de l'hyperlien peut être perçue dans le critère du nouveau public tel qu'élaboré par la CJUE dans l'arrêt *Svensson*. Dans une optique théorique, l'existence d'un nouveau public ciblé par une communication seconde d'une œuvre est censée permettre de caractériser le fait que cette dernière s'adresse à un marché distinct d'une communication première. De ce fait, la communication seconde réalise une exploitation de l'œuvre[873]. Ce critère a été utilisé par la CJUE dans l'arrêt *Svensson* afin de définir le moment à partir duquel la communication seconde, que constitue l'hyperlien, s'apparente à une exploitation à part entière, s'ajoutant et se distinguant de celle réalisée par la communication initiale. Ce faisant, la CJUE pouvait délimiter la liberté de lier. Il s'agissait donc bien pour la Cour de déterminer le point à partir duquel l'hyperlien se mue en une nouvelle communication de l'œuvre, autrement dit une communication autonome et non plus un accessoire, un relais d'une communication initiale. La démarche de la Cour est, nous semble-t-il, louable car seul un acte d'exploitation caractérisé peut déclencher l'application du droit exclusif[874].

425. Le problème est que le nouveau public, tel qu'entendu par la Cour, n'est pas un critère propre à déterminer l'existence d'une nouvelle exploitation par l'hyperlien. Le raisonnement de la Cour est ainsi en inadéquation avec l'objectif qui est le sien : déterminer les différents marchés d'exploitation d'une œuvre.

426. Nous l'avons déjà constaté, l'unité du public n'exclut pas qu'il y ait plusieurs exploitations[875]. Ce qui est déterminant, du point de vue de l'exploitation, est que la communication seconde cible un public nouveau au sens d'un public qui lui est propre. Ce public incarnant un autre marché, il distinguerait, de ce fait, la communication seconde de la communication initiale de l'œuvre. L'hyperlien serait, à ce titre, une communication autonome de l'œuvre liée, qui nécessiterait une autorisation du titulaire des droits sur cette dernière. C'est cette logique que semblait d'ailleurs avoir à l'esprit la CJUE dans l'arrêt *Renckhoff* lorsqu'elle a jugé que la mise à disposition sur un site Internet, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, d'une œuvre préalablement communiquée sur un autre site Internet communiquait l'œuvre à un

---

873 V. *supra*, n°333.

874 Siiriainen F., Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » *in* Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 183. ; v. également CJUE 13 octobre 2011, aff. C-431/09 et C-432/09, *Airfield et Canal Digital*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, 17 mars 2011, points 65 et 66.

875 V. *supra*, n°334.

public nouveau[876]. Dans cet arrêt, la Cour a déduit de l'indépendance des diffusions l'existence de deux publics d'exploitation distincts.

427. Comme nous l'avons déjà exprimé, un public propre à l'hyperlien ne pourrait être constitué qu'à partir du moment où ce dernier permet au public de jouir de la forme de l'œuvre. À défaut, le public de l'hyperlien ne serait jamais le public de l'œuvre, c'est-à-dire d'une forme créative perceptible aux sens[877]. Ce public serait tout au plus celui de la fonction technique de l'hyperlien, à savoir la localisation et le véhicule vers l'œuvre. De manière synthétique l'autonomie de l'hyperlien, qui fixe ainsi la limite à la liberté de lier résulte donc bien du fait que la forme de l'hyperlien se substitue à l'identique à la forme de l'œuvre ou de l'objet protégé. Pour nous, une réflexion sur la liberté de lier et ses limites, ou une opération de qualification juridique de l'hyperlien dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, devrait, en conséquence, toujours avoir à l'esprit ce critère. En l'état actuel de la technique, la conséquence est évidemment que le lien simple n'est pas, normalement, autonome par rapport à la communication vers laquelle il renvoie. Quant au lien transclusion, le fait qu'il se substitue à la communication initiale de l'œuvre ou de l'objet protégé implique qu'il se distingue entièrement de cette dernière. En principe, il acquiert de ce fait une existence autonome, qui pourrait toutefois être relativisée dans ses effets par une exception au droit d'auteur.

B. L'intention du poseur de liens de permettre l'accès effectif à des contenus illicites

428. Le critère de l'autonomie de l'hyperlien peut également servir à décrire utilement la logique du cadre posé par la CJUE dans l'arrêt *GS Media*[878], concernant les liens renvoyant vers des publications contrefaisantes. Pour rappel, dans cet arrêt, la Cour a établi que le fait de savoir si un hyperlien renvoyant vers un œuvre mise en ligne illicitement constitue une communication au public, dépend de la connaissance de cette illicéité par le poseur de liens, et non plus de l'existence d'un nouveau public. Le raisonnement de la Cour, qui sous-tend cette solution, est extrêmement intéressant du point de vue de la délimitation de l'autonomie du lien.

429. Dans cet arrêt, la Cour de justice souligne, qu'ignorant le caractère contrefaisant de la communication initiale, le poseur de liens ne joue pas un rôle décisif dans l'accès à ladite

---

[876] CJUE 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff,* Rec. général, point 35.

[877] V. Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°49.

[878] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général.

communication[879]. La Cour conclut qu'un tel lien ne saurait être qualifié de communication au public. *A contrario*, il faut en déduire que la connaissance du caractère contrefaisant par le poseur de lien transforme ce dernier en un acte sans lequel les internautes ne pourraient jouir de l'œuvre[880]. L'hyperlien perd, à ce titre, sa neutralité et devient une communication au public au sens de la directive « InfoSoc ». L'autonomie du lien résulte ici du fait que, sans le concours de ce dernier, le contenu illicite ciblé n'aurait pas d'existence effective sur les réseaux : l'hyperlien est en effet indispensable et décisif dans la découverte de cette œuvre illicitement mise en ligne. Il en découle que, dans le processus de communication entre l'émetteur et le public, l'hyperlien prime sur la communication initiale. Dit autrement, cette autonomie provient d'une confusion des rôles entre le contenu lié et l'hyperlien, qui interdit de penser que le second est simplement l'accessoire neutre du premier. La « connaissance de l'illicéité », qu'elle soit effective (notifiée) ou qu'elle soit structurelle (déduite du contexte dans lequel le lien est posé) permet de caractériser cet effet de confusion : le poseur de liens entend jouer un rôle déterminant dans la dissémination et la découverte de la publication contrefaisante, publication qui ne serait pas ou difficilement accessible sans le concours de l'hyperlien[881]. Le lien n'est plus tant conçu comme le complément d'une communication initiale mais comme une technique spécifiquement destinée à permettre la diffusion de contenus illicites.

430. Le problème est que l'élément de connaissance, qui est ici indispensable pour apprécier l'autonomie des liens ciblant des contenus illicites, est étranger à la définition objective du droit de communication au public. La cohérence du régime de l'hyperlien requiert donc de penser ce type d'autonomie en dehors de la notion de communication au public. En conséquence, l'encadrement de cette forme d'autonomie devrait se faire en dehors du droit d'auteur européen. Dans cette optique, nous avons suggéré, dans cette thèse, la nécessité de mettre en place un régime de responsabilité limitée des poseurs de liens au niveau de l'Union européenne[882]. Le régime de responsabilité des intermédiaires techniques en constituerait le modèle. Cette observation ne vaut cependant que pour les liens simples. Selon la méthode que nous avons retenue, les liens transclusions, dans leur ensemble, pourraient être qualifiés de communication au public. Peu importe ici que l'œuvre vers laquelle ils renvoient ait été, ou non, mise en ligne illicitement. S'agissant des liens simples, le critère de la connaissance de l'illicéité demeure en revanche, indispensable pour appréhender leur autonomie eu égard à la communication illicite vers laquelle ils renvoient.

---

[879] *Ibid*., point 48.
[880] *Ibid*., point 49.
[881] V. également. CJUE 26 avril 2017, aff. C-527/15, *Stichting Brein,* Rec. général, point 41.
[882] Sur ce régime de responsabilité, v. *infra*, n°666 et s.

C. La création d'une forme nouvelle se substituant aux contenus liés

431. La création par l'hyperlien d'une forme nouvelle se substituant, auprès du public, aux contenus liés est également une forme d'autonomie propre à limiter la liberté de lier. Cette forme d'autonomie de l'hyperlien est au cœur à la proposition de la Commission européenne concernant le droit voisin des éditeurs de presse. Comme nous l'avons expliqué, l'un des arguments principaux avancés au soutien de cette proposition est que les services offerts par les moteurs de recherche, les agrégateurs d'actualité, voire les réseaux sociaux auraient vocation à se substituer à ceux des éditeurs de presse. Nous avons quant à nous souligné que, si le principe d'un tel droit n'est pas incompatible avec un cadre juridique favorable à la liberté de lier, la cohérence du droit impose qu'il soit objectivement restreint aux seuls agrégateurs d'information. Dans les deux cas, néanmoins, le principe du droit voisin repose sur la même prémisse : l'agrégation de liens constitue une forme communicable pour elle-même au public des internautes, forme qui se substitue aux contenus pointés. Autrement dit, en tant que forme substitutive, l'hyperlien - plus exactement l'agrégation de liens - se distingue nettement et définitivement des contenus de presse vers lesquels il renvoie et devient par là même autonome. Fondamentalement, les limites imposées à la liberté de lier par un éventuel droit voisin repose, par conséquent, bien sur l'appréhension d'une forme particulière de l'autonomie de l'hyperlien par rapport aux contenus vers lesquels il renvoie.

432. La caractérisation de l'effet de substitution, donc de cette autonomie, peut s'avérer délicate. Comme l'avons expliqué, le seuil à partir duquel l'agrégation de liens devient une forme informationnelle, se substituant aux contenus de presse, est largement subjectif. Ce seuil est ainsi en vérité largement indéterminé. En conséquence, nous avons plaidé pour que cette autonomie soit définie objectivement, eu égard à des activités dont il peut être présumé qu'elles impliquent la création d'une forme nouvelle se substituant aux contenus liés. Les droits ou dispositions en faveur des éditeurs de presse en Allemagne et en Espagne reposent d'ailleurs sur cette logique.

Conclusion de la Section 3

433. D'un point de vue conceptuel, nous avons montré que la mise en cohérence du régime du lien au regard du droit d'auteur et des droits voisins passe par la reconnaissance du caractère variable de la communication du fait du lien : la liberté de lier est caractérisée par le fait que l'hyperlien opère dans la sphère du relais par lequel s'effectue la communication d'une œuvre ou d'un objet protégé. Les limites à la liberté de lier, quant à elles, sont caractérisées par le fait que l'hyperlien est autonome vis-à-vis du contenu pointé. Il devient ainsi une communication à part entière, et non plus simplement l'accessoire d'une communication initiale. Cette autonomie explique, du point de vue du droit, que la liberté de lier

puisse être soumise au droit exclusif ou soumise à des contraintes dans le cas des liens renvoyant vers des contenus illicites. L'identification du caractère variable de la communication du fait du lien fournit ainsi un cadre conceptuel permettant de mieux envisager la manière dont le droit de l'Union européenne s'applique et devrait s'appliquer à l'hyperlien. Partant, elle établit la direction à suivre pour que l'appréhension européenne de l'hyperlien soit la plus cohérente et claire possible.

Conclusion du chapitre 1

434. La mise en cohérence du régime de l'hyperlien en droit d'auteur est impérative au regard de son instabilité. Cette dernière n'est pourtant guère surprenante en raison de l'inadéquation entre les outils juridiques dont disposait la CJUE et la nécessité de concevoir un régime équilibré et nuancé. En effet, il était difficile pour les juges de la CJUE d'élaborer un régime complet et cohérent sur la seule base du droit de communication au public. Dans son entreprise, la Cour s'est ainsi retrouvée dépassée par le critère du « nouveau public », dont l'application à l'hyperlien préfigurait nécessairement le critère « de connaissance de l'illicéité ». L'articulation du régime de l'hyperlien autour de ces deux notions a ainsi abouti à la création d'une construction juridique complexe et incohérente.

435. Il était également prévisible que la problématique du partage de la valeur en ligne, entre certaines plateformes et les éditeurs de presse, affecte la cohérence de l'approche européenne de l'hyperlien. En choisissant de ne caractériser ni la notion de « valeur économique » ni la notion de « partage », la Commission européenne a adopté une conception extrêmement étendue « du partage de la valeur en ligne ». Il était dès lors justifié de proposer un droit voisin des éditeurs de presse au champ d'application tout aussi étendu et indéterminé et, partant, susceptible de couvrir l'hyperlien. L'articulation de cette proposition avec le régime du lien en droit d'auteur a néanmoins progressé lors du processus d'adoption du texte, sans pour autant que le statut de l'hyperlien n'apparaisse suffisamment défini.

436. Pour remédier à cette situation, nous avons alors envisagé une modification du régime de l'hyperlien ainsi qu'une meilleure conceptualisation de la liberté de lier et de ses limites à l'aune du droit d'auteur. Dans cette optique, une direction qui permettrait une appréhension plus cohérente de l'hyperlien en droit de l'Union européenne a été identifiée. Du point de vue du droit d'auteur, la communication du fait du lien répond à un principe de variabilité : l'hyperlien peut n'être que le relais d'une communication, dont la création doit demeurer libre, ou constituer une communication autonome encadrée par le droit d'auteur. La cohérence du régime de lien dépend alors de la caractérisation et de l'articulation de ces deux états de l'hyperlien. Il faut d'ailleurs observer, de manière incidente, que le problème de la cohérence ne se pose pas avec autant de force s'agissant du droit des marques ou du droit des bases de données. La raison est que la finalité de ces deux droits exclusifs, étant mieux identifiée, permet une délimitation plus aisée entre la fonction de relais et la fonction autonome de l'hyperlien. Il reste que cela n'est pas le cas, aujourd'hui, s'agissant du droit d'auteur. Or, la réforme du droit d'auteur proposée par la Commission européenne n'envisage nullement de clarifier le régime de l'hyperlien. De manière ambigüe, il ressort seulement de l'un des considérants du texte proposé, que certains hyperliens ne constituent pas une communication au public. Ce manque d'intérêt du législateur européen peut se concevoir : les

développements juridiques actuels en matière d'hyperliens, trop récents et politiquement sensibles, expliquent l'absence d'intervention législative dans ce domaine[883]. Nous pouvons néanmoins penser qu'une telle intervention deviendrait inévitable si le régime de l'hyperlien continue à se développer sur les bases actuelles, sans que ses contours ne soient définis de façon claire et cohérente.

[883] Relevant toutefois que la réforme actuelle était l'occasion de préciser ce régime, Schellekens M., Reframing hyperlinks in copyright, E.I.P.R, Vol. 38, n° 7, p. 401, spéc., p.407.

Chapitre 2. - Une mise en cohérence ouvrant sur la protection des hyperliens par le droit d'auteur et les droits voisins

437. La protection privative de certains liens par la propriété intellectuelle peut être perçue comme une garantie offerte à la liberté du poseur de liens. Si, à ce titre, une telle protection s'inscrirait dans le prolongement de la liberté de lier[884], elle peut pareillement être considérée comme une limite à cette liberté : elle présente pour conséquence de contraindre les autres poseurs de liens dans leur activité créatrice. Ces derniers ne pourraient en effet reproduire ou communiquer un ou des hyperliens faisant l'objet d'une protection privative. Dans cette optique, une analyse de la protection de l'hyperlien par la propriété intellectuelle a vocation à être menée dans le cadre d'une recherche sur la liberté de lier et sur ses limites.

438. La protection des hyperliens par le droit de la propriété intellectuelle n'a toutefois jamais été admise par le droit positif et notamment par la jurisprudence. S'agissant de la propriété industrielle, cette absence de protection est normale : cette propriété a principalement pour domaine la protection des inventions ou des signes distinctifs. Par conséquent, elle n'est pas destinée à protéger le lien en tant que tel. Certes, il a pu être défendu dans les prétoires que la technique du lien pouvait être protégée par le droit des brevets ou qu'un signe distinctif contenant la désignation « lien » ou « hyperlien » peut être protégé par le droit des marques[885]. Mais ces prétentions n'ont pas reçu un accueil favorable au sein des juridictions sollicitées[886]. La protection de l'hyperlien par le droit de la propriété littéraire et artistique n'a pas non plus fait l'objet de précisions jurisprudentielles spécifiques. De plus, d'une manière générale, la doctrine paraît également peu disposée à admettre la protection du chaînage hypertexte par le droit de la propriété littéraire et artistique[887].

439. Cependant, d'un point de vue théorique, il nous semble que ce sujet mérite d'être à nouveau envisagé, au regard des conclusions qui furent les nôtres dans les développements précédents. Un retour sur les fondements justifiant la création d'un droit voisin des éditeurs de presse permettra de mieux comprendre notre perspective.

---

[884] Comp. Lécuyer G., Liberté d'expression et responsabilité, 2016, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques de Thèse, 611 p. n°11 : « *Une autre conception de la liberté consiste à l'appréhender du côté de la protection qui lui est apportée par le droit. La perspective est renversée puisqu'à une vision de l'individu restreint dans sa capacité d'autodétermination lui fait face une acception de la liberté rassurée par l'existence de garde-fou mis en place par l'ordre juridique, par les garanties juridiques d'une indépendance individuelle* ». V. également, Terré F., Sur la notion de libertés et droits fondamentaux in Cabrillac R (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 22ème éd., 2016, Dalloz, Hors collection, 1057 p, n°12.

[885] Pour une synthèse, v. Sardain F., Liens Hypertextes, JCl Communication, n°4730, n°8 à 11.

[886] *Ibid*.

[887] V. *Ibid*., n°12 à 14.

440. Nous avons montré que ce droit voisin repose sur l'idée que l'agrégation de liens était à l'origine d'une forme informationnelle autonome, capable de se substituer aux contenus de presse pointés. Cette forme informationnelle générant une valeur économique à partir de l'utilisation de ces contenus presse, il conviendrait, selon la Commission européenne, que les agrégateurs de liens partagent cette valeur avec les éditeurs de presse[888]. S'agissant de la protection des liens, deux éléments doivent être mis en exergue. En premier lieu, les liens agrégés peuvent donc constituer une forme ou, à tout le moins, une structure informationnelle autonome. En second lieu, cette forme revêt une valeur économique[889]. Or dès lors qu'une valeur immatérielle s'incarne dans un objet immatériel déterminé, les conditions théoriques sont réunies pour que cette valeur soit protégée par un droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, lorsqu'une chose, y compris incorporelle, présente une valeur économique et une utilité qui ne peut s'exprimer que dans le cadre d'un rapport d'exclusivité, le droit est souvent disposé à en faire un objet de propriété[890]. Ceci est particulièrement vrai du droit européen qui multiplie les régimes de protection privative sur des valeurs immatérielles[891]. La proposition de la Commission européenne portant sur la création d'un nouveau droit voisin des éditeurs de presse en est l'illustration topique. La forme - ou l'objet - dans laquelle cette valeur marchande s'inscrit permet, elle, de définir et délimiter l'étendue des droits de propriété sur cette valeur[892]. Elle est donc un élément absolument nécessaire à la concrétisation d'un droit de propriété sur une valeur immatérielle.

441. Une fois admis que les hyperliens agrégés revêtent une utilité informationnelle et une valeur économique cruciale, notamment sous l'effet des technologies employées par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité, il devient ainsi légitime d'évaluer si le droit européen est susceptible de leur accorder une protection privative. Dans l'affirmative, il faudra déterminer si une telle protection est compatible avec un régime de l'hyperlien favorable à la liberté de lier.

442. Nous envisagerons dans un premier temps que les liens agrégés puissent être protégés par le droit commun de la propriété littéraire et artistique : le droit d'auteur. Nous constaterons que, même dans le

---

888 Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016)593 final, 14/09/2016, p. 3.

889 En ce sens que cette forme permet à son créateur de générer des bénéfices. En l'occurrence dans l'écosystème de l'agrégation de liens (moteurs de recherche et agrégateurs d'actualité), cette forme est monétisée par le biais de la publicité.

890 Mousseron J-M., Valeurs, biens, droits, *in* Mélanges en l'honneur de André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, p. 277 et s., spéc. p. 279 et 280 ; Zenati F., Revet T., Les biens, 3ème éd, 2008, P.U.F, 757 p., n°2 ; Lucas A., Informatique et droit des biens *in* Lucas A., Devèze J., et Frayssinet J., *Le droit de l'informatique,* 2001, P.U.F, coll. Thémis, 748 p., n°472 ; Sur ce processus, v. notamment, Gaudrat P., La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? RTD com. 2011, p. 562 ; Gutmann D., Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique., in Le droit et l'immatériel, Arch. phil. Droit, 1999, tome 43, p. 65, spéc., p. 76 et s.

891 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p., n°895 et s.

892 V. *Ibid*., n°895 et s.

cadre d'une approche renouvelée de la protection de l'hyperlien, cette possibilité revêt un intérêt limité (**Section 1**). La mise à l'écart du droit d'auteur n'épuise toutefois pas les possibilités de protection privative offerte par le droit européen de la propriété littéraire et artistique. Ce dernier intègre des droits voisins du droit d'auteur destinés à protéger les investissements concourant à la circulation des œuvres au sein du marché unique. Parmi ces droits, nous montrerons, dans un second temps, que le droit *sui generis* sur les bases de données a particulièrement vocation à offrir une protection suffisante et appropriée à l'agrégation de liens (**Section 2**).

Section 1. - La portée limitée d'une protection de l'hyperlien par le droit d'auteur

443. Le droit européen du droit d'auteur n'est destiné à saisir que les œuvres originales[893], définies comme les créations intellectuelles propres à leur auteur[894]. La condition première de la protection du droit d'auteur est donc l'existence d'une œuvre. Cette dernière doit se concrétiser au sein d'une forme afin de délimiter « *l'objet et la limite du droit* »[895]. Or nous constaterons que la détermination d'une forme protégeable apparaît hypothétique s'agissant des liens créés manuellement (§1). À l'inverse, la création automatique de liens est plus susceptible d'aboutir à la création d'une œuvre protégeable. Nous observerons néanmoins que cette protection est d'une ampleur et d'un intérêt limités dans le contexte de la création de liens (§2).

§ 1. - La difficile détermination de l'œuvre protégeable pour les liens créés manuellement

444. La réalisation de l'œuvre dans une forme externe au sens du droit d'auteur est une condition *sine qua non* de la protection exclusive. Elle est la manifestation concrète et saisissable du bien matériel qui permet d'identifier l'objet du droit exclusif[896]. Au regard de cet impératif, nous montrerons que le lien en tant que tel ne saurait se concrétiser dans une œuvre. Bien que l'objectif soit ici de traiter de la protection des liens agrégés, il nous semble néanmoins nécessaire d'évoquer l'impossibilité de la protection d'un lien : cela nous permettra d'asseoir l'idée selon laquelle la protection de l'hyperlien par la propriété littéraire et artistique n'a d'intérêt que pour les liens agrégés (A). S'agissant justement des liens agrégés mais créés manuellement, l'existence d'une forme paraît envisageable, spécialement à l'aune de la protection des bases de données par le droit d'auteur. L'étude du droit d'auteur sur les bases de données nous conduira néanmoins à conclure que les liens agrégés manuellement sont peu susceptibles de constituer une forme protégée par ce droit (B).

---

893 CJUE 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a*, Rec. p. I- 09083, point 96 et s.

894 CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, Rec. p. I-06569, point 50 ; CJUE 1er décembre 2011, *Eva maria Painer*, aff. C-145/10, Rec. p. I-12533, point 89.

895 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°895 et 899.

896 Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°84.

A. L'absence de concrétisation d'une œuvre à partir d'un simple hyperlien

445. Certains auteurs ont défendu l'idée selon laquelle l'hyperlien, en tant que tel, peut être le siège d'une forme expressive constitutive d'une œuvre[897]. Le professeur Lucas, se penchant sur le « *chaînage hypertexte* »[898], a pu estimer qu'il s'agissait d'une nouvelle approche de la représentation de l'information s'incarnant dans des « parcours » susceptibles de constituer une réalité formelle[899]. Dès lors, le même auteur estime que la conception du créateur de lien se concrétise donc bien dans une forme extérieure qualifiable d'œuvre[900]. Pour peu que ce « parcours » satisfasse à la condition d'originalité il pourrait alors être protégé par le droit d'auteur. Ce n'est pas impossible au regard de la conception de l'originalité, que retient la CJUE, et qu'elle définit comme une création intellectuelle propre à son auteur reflétant des « *choix libres et créatifs* »[901]. Dans cette optique, l'originalité résiderait dans le choix des liens et dans leur organisation, autrement dit dans le « parcours » d'hyperliens créés.

446. Cette approche ne nous paraît que difficilement admissible car un lien en tant que tel, pris isolément, n'est pas susceptible d'engendrer une œuvre. « *Le lien intellectuel* »[902] entre deux ressources de l'Internet est ce par quoi le renvoi d'un document-source vers un document-cible peut être caractérisé. Cette relation serait donc à l'origine de la prétendue forme dans laquelle l'œuvre hypertextuelle s'incarnerait. Mais ce lien intellectuel et abstrait se révèle bien trop inconsistant pour constituer une forme ayant vocation à être communiquée à un public. Comme l'observe le professeur Vivant, la substance de l'œuvre serait donc « *malaisément appréhendable* »[903]. Un hyperlien ne peut concrétiser en lui-même une forme expressive détachable du contenu vers lequel il renvoie. En tant qu'hyperlien, il est uniquement une information sur la localisation d'un contenu de l'Internet. Évidemment cela ne préjuge pas du fait que le pointeur, *i.e.* la partie visible du lien, puisse revêtir la qualité d'œuvre mais il ne s'agit pas de l'hyperlien à proprement parler.

---

[897] Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p., n°50 ; Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion, Les Cahiers de la propriété intellectuelle, Vol. 9, n°3, p. 467. p. 2, disponible sur : http://cpi.openum.ca/files/sites/66/Hypertextes-et-hyperliens-au-regard-du-droit-dauteur-quelques-éléments-de-réflexion.pdf Dernier accès le 01/03/2019.

[898] C'est-à-dire un ensemble constitué au moins d'un hyperlien renvoyant vers une page web contenant elle même un ou plusieurs hyperliens. La chaine peut cependant se poursuivre.

[899] Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit.*, n°50.

[900] *Ibid.*

[901] CJUE 1er décembre 2011, *Eva maria Painer*, préc., point 89 ; CJUE 18 octobre 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco*, Rec. général, points 38.

[902] Vivant M. Lamy Droit du numérique, étude 2068, La protection des liens hypertexte.

[903] *Ibid.*

447. Si la protection du lien en tant que tel n'est pas recevable sur un plan théorique, elle ne l'est pas non plus au regard des conséquences qu'elle engendrerait. La réservation d'un hyperlien spécifique reviendrait à monopoliser un rapprochement intellectuel entre deux documents de l'Internet. Il en découlerait non seulement la réservation d'une idée, celle du rapprochement entre deux contenus particuliers, mais également de l'information relative à la référence qu'indique l'hyperlien[904]. Or le droit d'auteur n'est fondamentalement pas destiné à protéger les idées et les informations, lesquelles appartiennent au fond commun. Dans cette optique, la protection de l'hyperlien en tant que tel apparaîtrait nécessairement disproportionnée, tant au regard de la liberté d'expression et d'information que de la liberté d'entreprendre. Il n'est en effet pas concevable que l'exercice de ces libertés puisse se conjuguer avec l'obligation de demander une autorisation pour poser un hyperlien au motif qu'un tiers en aurait déjà eu l'idée. Imaginerait-on qu'un utilisateur d'un réseau social massivement constitué de liens, comme *Twitter*, puisse opposer son droit d'auteur sur l'hyperlien à un autre utilisateur afin d'interdire la reproduction[905] ou la communication de ce lien[906]? La réponse doit être résolument négative. À l'inverse l'hypothèse d'une protection des liens agrégés manuellement paraît plus sérieuse.

B. L'identification incertaine d'une œuvre dans le cas des liens agrégés manuellement

448. La possibilité que des liens agrégés manuellement se concrétisent dans une œuvre n'est pas à exclure d'emblée. Un auteur a ainsi envisagé qu'un ensemble d'hyperliens puisse être considéré comme une compilation susceptible, en tant que telle, d'être qualifiée d'œuvre[907]. Dans la lignée de l'article 2. 5) de la Convention de Berne[908], il en est en effet possible d'estimer que le choix et la disposition des hyperliens peuvent constituer une création intellectuelle à part entière. Dit autrement, ce ne sont pas les liens qui, pris individuellement, auraient vocation à être protégés, mais la structure formelle, « *l'arborescence* »[909], qui résulte de leur agrégation[910]. Dans cette optique, l'agrégation de liens rejoindrait

---

904 En ce sens, Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion., préc.

905 La pose d'un lien identique à un autre peut en effet s'analyser comme une reproduction du point de vue du droit d'auteur.

906 Sur *Tweeter*, la communication d'un lien est possible grâce au *retweet*.

907 Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion., préc.

908 Convention de Berne, art. 2. § 5 : « *Les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protèges comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils* ».

909 Gautier P-Y, Propriété littéraire et artistique, 10ème éd., 2017, PUF, coll. Droit fondamental, 950 p., n°61.

910 Sur l'idée de structure comme forme expressive, v. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°898.

alors le genre des « *œuvres d'information* », qualification employée par la Cour de cassation française dans le célèbre arrêt *Microfor*, à propos d'un index informatisé regroupant des titres de presse français[911].

449. En droit européen, une telle approche est susceptible de trouver un écho dans le droit d'auteur sur les bases de données, consacré par la directive 96/9/CE[912]. Cette dernière prévoit, en effet, en son article 3 § 1 que « *les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur* ». Le droit d'auteur a ici pour objet la structure de la base et non son contenu. Le considérant 15 de la directive 96/9/CE est, à cet égard, parfaitement explicite[913]. La Cour de justice a précisé la portée de cette protection en posant que : « *les notions de « choix » et de « disposition », au sens de l'article 3 § 1, de la directive 96/9, visent, respectivement, la sélection et l'agencement de données, par lesquels l'auteur de la base confère à celle-ci sa structure* »[914]. C'est donc la structure autonome se dégageant de l'agrégation de liens qui, constituant une œuvre, pourrait être protégée, et non les liens en eux-mêmes. L'intérêt de cette protection résiderait dans la possibilité pour le titulaire de droit d'empêcher que la même sélection ou disposition d'hyperliens soit reproduite sur un autre site Internet, sans toutefois pouvoir empêcher qu'un hyperlien en particulier le soit.

450. Le bénéfice de la protection n'est toutefois pas automatique : il faut que ces liens par leur choix ou leur disposition, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur. Pour ce faire, la compilation de liens doit se concrétiser dans une structure, *i.e.* le choix ou la disposition, propre à refléter une création intellectuelle originale. Or, sans qu'il soit nécessaire d'aborder la question de l'originalité de l'œuvre, il nous semble que l'identification d'une structure sera généralement difficile dans le cas des liens agrégés manuellement. Dit autrement, l'œuvre, qui girait dans la structuration des hyperliens, serait comme pour le lien en tant que tel « *malaisément appréhendable* ». Dans la plupart des cas de compilation de liens, il sera difficile de distinguer la structure du site web incorporant la base de liens de la structure de la base elle-même[915]. Bien souvent un ensemble de liens créés manuellement constituera l'un des éléments

---

911 Cass., Ass. plén., 30 octobre 1987, n°86-11918, *Microfor*.

912 Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1990.

913 V. le considérant 15 de la directive 96/9/CE, préc. : « *considérant que les critères appliqués pour déterminer si une base de données sera protégée par le droit d'auteur devront se limiter au fait que le choix ou la disposition du contenu de la base de données constitue une création intellectuelle propre à son auteur, que cette protection vise la structure de la base* ». V. également CJUE 1er décembre 2011, Eva maria Painer, préc., point 89 ; CJUE 18 octobre 2012, Football Dataco, préc., points 30 et 32.

914 CJCE 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixture Marketing*, Rec. p. I-10549, point 32.

915 Sur ce point, v. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°1078.

pouvant contribuer à l'originalité d'un site Internet mais il sera compliqué de l'extraire de l'agencement général de ce dernier, afin de soutenir que cet ensemble de liens dispose d'une structure propre.

451. Dans l'absolu, il n'est toutefois pas interdit de penser que cela puisse être le cas. Il faudrait alors que cette compilation de liens soit dotée d'une structure formelle perceptible au sens (une apparence formelle, sa présentation) et indépendante du site qui l'héberge. Sous condition d'originalité, cette compilation de liens agrégés manuellement pourrait alors être protégée par du droit d'auteur sur les bases de données. À titre d'illustration, l'organisation de la base d'hyperliens autour d'une typologie spécifique des liens[916] pourrait être le siège d'une telle structure. Il a ainsi pu être proposé en science de l'informatique une typologie de liens entre des contenus journalistiques organisés autour de trois catégories : les liens de récurrence (présentation d'un même événement par les contenus pointés), les liens d'extension (enrichissement d'une information par rapport à un contenu donné) et les liens de réaction (commentaire d'opinion sur un contenu donné)[917]. Cependant, dans le cas de la création manuelle de liens, la mise en place d'une typologie explicite paraît assez peu évidente. Cette dernière se construit en effet sur la base d'une analyse et une comparaison sémantique fines des documents vers lesquels les liens renvoient. Or ces opérations semblent assez peu en phase avec la création manuelle de liens.

§ 2. - La protection des liens agrégés automatiquement : une protection limitée

452. Tout comme une compilation de liens agrégés manuellement, une compilation de liens agrégés automatiquement est tout à fait susceptible d'être qualifiée de base de données, à condition de remplir les critères de qualification. Mais à la différence des premières, les secondes seraient-elles plus susceptibles de constituer une œuvre protégeable par le droit d'auteur ? La protection du droit d'auteur n'est accordée qu'aux œuvres originales, définies par la CJUE comme les créations intellectuelles propres à leurs auteurs[918]. Dans cette définition gît la double condition à laquelle doit répondre l'objet pour lequel la protection du droit d'auteur est revendiquée : l'objet concerné doit d'abord être une œuvre, au sens d'une création intellectuelle. Si tel est le cas, il faut encore que cette œuvre soit originale, c'est-à-dire qu'elle soit propre à son auteur. Évidemment, nous évoquons ici la protection de la structure des liens telle que présentée à l'utilisateur final, appréciée indépendamment du programme et des étapes intermédiaires à

---

916 On entend par typologie une classification des hyperliens par catégories, en fonction du lien intellectuel entretenu avec le contenu pointé.

917 V. Bois R., Gravier G., Sébillot P., Morin E., Vers une typologie de liens entre contenus journalistiques. 22e conférence Traitement automatique des langues naturelles, TALN 2015, juin 2015, Caen, France. 515-521, papier court, 2015.

918 CJCE 1 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq*, Rec. p. I-06569, point 35.

l'origine de sa création[919]. À cet égard, nous constaterons que si cette protection est envisageable pour les liens agrégés automatiquement, elle revêt un intérêt limité. Cette limite provient tant de l'objet même de la protection, l'œuvre de structure résultant du choix et de la disposition des liens agrégés (A), que du critère d'accès à la protection, l'originalité. La satisfaction de ce critère essentiel est, en effet, assez incertaine dans le cas qui nous concerne (B).

A. Des limites tenant à l'objet de la protection : la structure de la base d'hyperliens

453. Un objet immatériel, pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, doit d'abord être une œuvre. Ainsi que nous l'avons expliqué, il doit donc être une création de forme perceptible aux sens[920]. Or il nous semble que les liens agrégés automatiquement peuvent engendrer une telle création, à l'inverse des liens créés manuellement. Les technologies sous-jacentes à la création automatique de liens paraissent en effet susceptibles de réaliser une création de forme s'incarnant dans une typologie de liens définie et identifiable[921]. L'expression formelle de cette typologie, par laquelle les liens agrégés sont présentés aux utilisateurs, permettrait alors à cet ensemble de quitter « *le monde de la spéculation pour entrer dans le monde sensible de la forme* »[922]. Dès lors, cette typologie de liens constituerait la substance de l'œuvre de structure explicitement protégée par la directive 96/9/CE. Le fait que l'œuvre en question soit la résultante d'une création automatisée est sans conséquence : il y a toujours une personne humaine à l'origine de la conception de la topologie de liens dans laquelle siège l'œuvre de structure[923]. Par ailleurs, la proposition de droit voisin des éditeurs de presse repose en partie sur une perception similaire de l'agrégation d'hyperliens : c'est la capacité des liens agrégés à composer une structure informationnelle autonome qui explique la création d'un nouveau droit voisin des éditeurs de presse. L'approche que nous préconisions s'agissant de la protection des liens agrégés automatiquement par le droit d'auteur, a ainsi l'avantage d'être en cohérence avec la soumission de l'agrégation de liens à un probable droit voisin des éditeurs de presse.

---

919 Comp. Gaubiac Y., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc.1164. Objet du droit d'auteur. – œuvres protégées. Œuvres créées avec un ordinateur, 2014, n°7 et s.

920 Sur ce exigence, Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p., n°52 et s. ; Comp. également Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.* n°882.

921 Sur la relation entre création automatique de lien et typologie des liens, v. par exemple Bois R., Gravier G., Sébillot P., Morin E., Vers une typologie de liens entre contenus journalistiques préc.

922 Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, *op. cit.*, n°60.

923 Comp. Lucas A., Droit d'auteur et numérique, *op. cit.*, n° 35 et s. ; Gaubiac Y., JCl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc.1164. Objet du droit d'auteur. – œuvres protégées. Œuvres créées avec un ordinateur, 2014, spéc., 12 et s.

454. Si le principe théorique de la protection de la structure des liens agrégés par le droit d'auteur peut ainsi être défendu, son étendue apparaît étroitement limitée et, partant, son intérêt pratique peu probant. Il est vrai, la protection de la structure de la base d'hyperlien n'a pas vocation à empêcher la reconstitution de cette dernière, par un concurrent, sous une forme différente[924]. La protection du droit d'auteur n'est pas un rempart contre la reproduction du contenu de la base, quand bien même cette reproduction serait intégrale. L'objet protégé par le droit d'auteur est effectivement limité à la structure formelle de la base, à la typologie de liens telle qu'elle apparait à l'utilisateur final. Seule pourrait donc être interdit la reproduction *in extenso* de la base de liens, structure et contenus confondus. Or la duplication servile est assez rare en matière de bases de données[925]. Les liens agrégés et le contenu de la typologie[926] n'étant pas protégés, il en découle que l'intérêt de la protection d'une base de liens par le droit d'auteur est réduite.

455. Dès lors, cette protection constitue une limite marginale à la liberté de lier. Les hyperliens contenus dans la base ne sont pas en eux-mêmes protégés : un tiers reste libre de poser les mêmes liens et d'emprunter aux diverses catégories qui constitueraient une typologie spécifique d'hyperliens. Cette issue est logique puisque les liens, en tant que marqueurs d'une proximité intellectuelle entre deux contenus, appartiennent au monde des idées, qui demeurent, par essence, non appropriables. Cette dimension de l'hyperlien participe en effet de sa fonction de relais facilitant le processus de communication[927]. Cette dimension est donc par nature appropriable : elle relève de la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées, consacrée par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Il en ressort que seule la reprise *in extenso* de la base de liens pourrait être prohibée par le droit d'auteur, à la condition qu'elle soit originale. Or la satisfaction du critère d'originalité est, en l'espèce, assez incertaine.

B. Des limites tenant aux incertitudes entourant l'originalité de la structure de la base de liens

456. Une typologie d'hyperliens peut-elle être originale ? Autrement dit, la sélection et l'organisation d'hyperliens en raison de la proximité, de la complémentarité ou de la distance sémantique des contenus vers lesquelles ils renvoient constituent-il des caractéristiques de l'œuvre de nature à fonder originalité de cette dernière ? La réponse à cette question requiert, au préalable, de cerner le contenu de la notion

---

924 Comp. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°1045.

925 *Ibid.*

926 Nous entendons par l'expression « contenu de la typologie » chaque type de relations sémantiques utilisé pour agencer les hyperliens.

927 V. *supra*, n°431 et s.

d'originalité. La CJUE a effectivement défini l'originalité par touche successive, au cours de différents arrêts, aboutissant à un résultat complexe[928] qu'il est nécessaire de préciser.

457. La notion d'originalité a été pour la première fois utilisée en droit d'auteur dans l'arrêt *Infopaq*. Dans le sillage des directives spéciales sur la protection des logiciels et sur la protection des bases de données, la CJUE a défini l'originalité comme le caractère de l'œuvre propre à son auteur[929]. Plus précisément, la Cour a posé dans cet arrêt, à propos d'un texte de onze mots, que : « *Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle* »[930]. La conception de l'originalité alors retenue par la Cour relève d'une approche dite « objective »[931] : l'originalité s'apprécie par rapport à la nouveauté de l'œuvre considérée, de manière objective. En effet, le fait que pour la Cour l'originalité s'apparente à ce qui est propre à un auteur et pas un autre, renvoie bien à l'idée de nouveauté. Par ailleurs, selon la Cour, cette nouveauté doit se déduire d'éléments objectifs, à travers l'identification du choix et de la disposition des matières retenues par l'auteur afin de créer son œuvre. Cette conception de l'originalité a été pensée pour permettre la protection des œuvres utilitaires, telles que les bases de données, par le droit d'auteur. C'est ainsi fort logiquement qu'elle est favorable à la protection d'une base de liens agrégés automatiquement : la seule nouveauté dans le choix et la disposition des liens, telle qu'elle ressort de la typologie de liens, suffirait à caractériser l'originalité objectivement conçue.

458. Toutefois, depuis l'arrêt *Painer* la Cour de justice a clairement affiné sa conception de l'originalité dans le sens d'une approche plus exigeante, fondée sur la notion de liberté créative[932]. Ainsi, dans l'arrêt *Painer*, la Cour a estimé que l'originalité implique « *des choix libres et créatifs* »[933] qui mettent l'auteur « *en mesure d'imprimer sa « touche personnelle »* »[934]. Puis, dans l'arrêt *SAS Institute*, la Cour a envisagé l'originalité d'un manuel d'utilisation d'un programme d'ordinateur à l'aune de *« l'esprit créateur »* de son auteur.[935]. Enfin, dans l'affaire *Football Dataco*, la CJUE a exclu que le critère d'originalité puisse être

---

928 Sur ce point. v. particulièrement, Benabou V-L., L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 782., p.17.

929 CJCE 1 juillet 2009, *Infopaq*, préc., point 35.

930 *Ibid*., point 45.

931 Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, *op. cit*., n°126.

932 Benabou V-L., L'originalité, un janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas *op. cit*., p. 25.

933 CJUE 1er décembre 2011, aff. C-145/10, *Eva maria Painer*, p. I-12533, point 89.

934 *Ibid*, point 92.

935 CJUE 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute*, Rec. général, point 67.

rempli par une base de données constituée de calendriers de rencontres de football, « [l]*orsque la constitution de la base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative* »[936]. Elle a en outre précisé que « *le travail et le savoir-faire significatifs requis pour la constitution de cette base ne sauraient, comme tels, justifier une telle protection s'ils n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition des données que celle-ci contient* »[937]. Dans ces différents arrêts, la Cour a adopté une approche plus subjective de l'originalité : la satisfaction de ce critère n'est plus essentiellement fondée sur la nouveauté et l'indépendance de la création mais sur le fait que cette dernière reflète la « personnalité de son auteur »[938].

459. Interprété à la lumière des choix libres et créatifs de l'auteur de l'œuvre, le critère de l'originalité est évidemment plus exigeant. La nouveauté de la sélection ou de la disposition du contenu d'une base de données n'est pas suffisante pour caractériser l'originalité de la structure de cette base. Cette conclusion peut être étendue au cas d'une typologie de liens agrégés automatiquement au sein d'une base de données : le seul fait que le choix ou la disposition des liens reflète une typologie nouvelle n'équivaut pas à son originalité. Il faut encore que cette typologie soit investie de la personnalité de son auteur à travers des choix libres et créatifs. Dans cette optique, la caractérisation de l'originalité de la structure de la base de liens, autrement dit de la typologie de liens, s'avère délicate : à partir de quel moment la combinaison des relations sémantiques sur la base desquelles les liens sont agencés peut-elle refléter les choix libres et créatifs de son auteur ? À partir de quand peut-on considérer, au contraire, que cette combinaison est trop banale pour être libre et créative ?

460. L'arrêt *Football Dataco* peut être sollicité pour éclairer ces interrogations. Dans cette affaire, la CJUE a estimé que les modalités d'établissement de calendriers de rencontres de football, en fonction de la date, de l'horaire et de l'identité des équipes ne suffisent pas à caractériser l'originalité de ces calendriers au sens du droit d'auteur[939]. Selon la CJUE, le fait que l'établissement de ces calendriers selon des modalités particulières ait nécessité un effort intellectuel et un savoir-faire particuliers est indifférent[940]. À juste titre la Cour distingue, en effet, l'« effort intellectuel » et le « savoir-faire », des choix libres et créatifs

[936] CJUE 18 octobre 2012, *Football Dataco*, préc., point 39.
[937] *Ibid*., point 46.
[938] CJUE 1er décembre 2011, *Eva maria Painer*, préc., point 89.
[939] CJUE 18 octobre 2012, *Football Dataco*, préc., point 44.
[940] *Ibid*., point 46.

dont l'originalité est tributaire : en tant que tels, les premiers ne sauraient être assimilés aux seconds[941], même si un savoir-faire est souvent au départ d'une œuvre originale.

461. Que peut-on en inférer s'agissant des bases de liens agrégés automatiquement ? Faudrait-il ranger une typologie de liens du côté du pur « effort intellectuel », du « savoir-faire » non protégeable en tant que tel, ou du côté des choix libres et créatifs ? Il nous semble que la première hypothèse est la plus recevable : une typologie de liens peut avant tout être perçue comme relevant d'une expertise dans le domaine de la science de la communication et/ou de la science informatique. À la manière du sort réservé aux recettes de cuisine en droit français[942], une typologie de liens relèverait alors plus de la méthode et du savoir-faire attachés à une discipline académique, que d'un choix libre et créatif. Il reste que la notion d'originalité vue par la Cour de justice est surtout une notion « fuyante »[943]. De ce fait, il est difficile de prévoir l'application qui pourrait en être faite s'agissant d'une base de liens agrégés automatiquement. Ici encore l'hyperlien se situe sur le fil de la qualification, entre banalité, savoir-faire et originalité. La jurisprudence, tout du moins en France, semble donc assez réservée sur la satisfaction du critère d'originalité d'une base de données, la structure de la base étant généralement jugée trop banale par les magistrats[944].

462. Il découle ainsi de l'ensemble des éléments d'analyse qui précèdent, que la démonstration de l'originalité d'une base d'hyperliens est loin d'être acquise. Cette profonde incertitude vient renforcer l'idée que la protection d'une base de liens agrégés automatiquement par le droit d'auteur est d'un intérêt assez limité.

Conclusion de la section 1

463. Si le droit européen du droit d'auteur exclut que l'hyperlien en tant que tel puisse être protégé, les ensembles d'hyperliens formant une œuvre de structure sont en théorie susceptibles de bénéficier de cette protection. Le droit européen des bases de données va dans ce sens. La directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données indique en effet que les bases qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit

---

941 *Ibid.*

942 Bernault C., JCL Propriété Littéraire et Artistique, Fasc.1135. Objet du droit d'auteur. – œuvres protégées, Règles générales, 2017, n°8.

943 La doctrine française est unanime à ce sujet. V. notamment, Benabou V-L., L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas *op. cit.*, p. 34 ; Bernault C., JCl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc.1135. Objet du droit d'auteur. ; préc., n°44 ; Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2015, 3ème éd., 2015, Dalloz, coll. Précis, 1229 p., n°275. ; Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, *op. cit.*, n°381.

944 Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, *op. cit.*, n°665.

d'auteur. La portée de cette protection nous a néanmoins paru limitée car il faut pouvoir identifier une structure propre aux hyperliens, distincte de l'architecture du site ou du support qui accueille ces derniers.

464. L'hypothèse n'est toutefois pas à exclure : une structure résultant du choix ou de la disposition des liens pourrait, par exemple, trouver à s'exprimer au travers d'une typologie particulière des hyperliens, un classement des liens par catégories. L'agrégation automatique de liens, de par sa capacité à analyser de grande quantité d'informations, nous semble à même de générer de tels ensembles structurés d'hyperliens. Cette idée est conforme à un régime juridique cohérent de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle. Dans la mesure où les liens agrégés sont susceptibles d'être encadrés par un droit voisin en raison du fait qu'ils ont une existence propre, il est cohérent d'estimer que cette existence puisse trouver un prolongement dans une protection privative.

465. Toutefois, l'existence d'une œuvre n'est que la première étape vers la protection du droit d'auteur ; il faut encore que cette œuvre soit originale. Or la satisfaction du critère d'originalité par une structure formée d'hyperliens agrégés apparaît assez incertaine. Il est par exemple peu probable qu'une catégorisation des liens, en fonction de leur relation avec le contenu lié, puisse être autre chose qu'un concept ou qu'une idée. De ce fait, si les hyperliens peuvent théoriquement bénéficier, en droit d'auteur, d'une protection d'ensemble, la portée réelle de cette dernière nous est apparu limitée. Cette protection resserée serait donc compatible avec une appréhension européenne de l'hyperlien tendant à favoriser la liberté de lier.

466. Le droit *sui generis* sur les bases de données pourrait, en revanche, être de nature à constituer une protection plus pertinente pour l'hyperlien.

Section 2. - La suffisance d'une protection par le droit *sui generis* sur les bases de données

467. Le droit *sui generis* sur les bases de données est prévu à l'article 7 de la directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données. Il s'agit d'un droit exclusif, distinct du droit d'auteur, qui est accordé au fabricant d'une base de données. Ce droit exclusif est destiné à assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données. À cet égard, il est parfaitement taillé pour protéger une base de données constituée d'hyperliens, spécialement au regard de l'arrêt *Innoweb* de la CJUE[945] (§1). L'application du droit *sui generis* à une base de liens

[945] CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, Rec. général.

permettra ensuite de montrer que la protection offerte par ce droit exclusif est appropriée au regard de la nécessaire cohérence du régime de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle (§2).

§ 1. - L'application du droit *sui generis* à l'agrégation de liens

468. Une base de données peut bénéficier de la protection offerte par le droit *sui generis* à la condition que l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu de cette base attestent d'un investissement substantiel[946]. Cette condition définit l'objet de la protection et doit donc être remplie s'agissant d'une base contenant des hyperliens agrégés. Nous constaterons que cela sera facilement le cas (A). Dès lors, ce droit exclusif octroie à son bénéficiaire, le fabricant de la base de données, le droit d'interdire l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle de la base[947]. Nous mettrons en évidence, à l'aune de l'arrêt *Innoweb*, que ce droit exclusif permet au fabricant d'une base d'hyperliens protégée, d'interdire la reconstitution de ladite base pas un concurrent (B).

A. Un droit exclusif sur un investissement substantiel lors de la création de la base d'hyperliens

469. Selon l'article 3 § 1 de la directive 96.9/CE, l'existence d'un investissement substantiel, dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données, quantitativement ou qualitativement évaluée, conditionne l'accès de cette base à la protection du droit *sui generis*. Dans quelle mesure des hyperliens constituant le contenu d'une base de données peuvent-ils satisfaire cette condition ? La lettre de l'article 3 § 1 précité nous informe, d'abord, que les trois opérations sur lesquelles l'investissement peut porter, à savoir l'obtention, la vérification et présentation des données, peuvent être alternativement satisfaites. Néanmoins, le texte de la directive reste muet sur la signification de ces opérations. Il en va de même de la notion « d'investissement substantiel », si l'on excepte la précision assez floue apportée par le considérant 40 de la directive 96/9/CE. Selon ce dernier, l'investissement « *peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie* ». La Cour de justice a néanmoins eu l'occasion de préciser la portée de ces éléments au cours de différents

[946] Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique de bases de données, JOCE L 77 du 27/03/1996, art. 7 § 1.
[947] *Ibid.*

arrêts[948]. Un retour sur ces derniers nous fournira les indications nécessaires afin de déterminer si une base d'hyperliens est susceptible d'accéder à la protection du droit *sui generis*.

470. Que faut-il donc entendre par « l'obtention », « la vérification » ou « la présentation » du contenu de la base de données ? Comment apprécier ces opérations dans le cadre d'une base d'hyperliens ? Pour la CJUE, le droit *sui generis* vise à « *protéger et à stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations existantes, et non la création d'éléments susceptibles d'être ultérieurement rassemblés dans une base de données* ».[949] Dès lors, les opérations d'obtention, de vérification et de présentation doivent être définies au regard de cette finalité. Ainsi, selon la CJUE, l'investissement lié à « l'obtention » des données s'entend des « *moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création même d'éléments* »[950].

471. Il est douteux que l'agrégation de liens remplisse ce critère : les hyperliens ne constituent pas, en tant que tels, des éléments préexistants mais des éléments créés en vue d'être rassemblés. S'agissant de l'investissement lié à « la vérification » du contenu de la base de données, la CJUE le définit comme celui comprenant « *les moyens consacrés, en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans ladite base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci* »[951], à l'exclusion des moyens de vérification mis en œuvre lors de la création des données[952]. L'investissement lié à « la présentation » du contenu de la base recouvre, quant à lui, « *les moyens visant à conférer à ladite base sa fonction de traitement de l'information, à savoir ceux consacrés à la disposition systématique ou méthodique des éléments contenus dans cette base ainsi qu'à l'organisation de leur accessibilité individuelle* »[953]. Il nous semble que les créateurs automatiques de liens peuvent aisément vérifier les conditions de réalisation de ces deux opérations. Les moyens mis en œuvre pour garantir la pertinence et l'actualité de chaque hyperlien sont indubitablement constitutifs d'un investissement lié à la vérification du contenu de la base d'hyperliens. Enfin, dès lors qu'un minimum d'organisation des liens au sein de la base pourra être constaté, il ne fait aucun doute qu'un investissement lié à la présentation de la base sera avéré. Il faudra toutefois pouvoir

---

[948] CJCE 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board*, Rec., p. I-10415 ; CJCE 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixture Marketing*, Rec. p. I-10549 ; CJCE 9 novembre 2004, aff. C-338/02, *Fixture Marketing*, p. I-10497 ; CJCE 9 novembre, 2004, aff. C-46/02, *Fixture Marketing,* Rec. p. I-10365.

[949] CJCE 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board*, préc., point 31.

[950] *Ibid*.

[951] *Ibid*., point 34.

[952] *Ibid*.

[953] *Ibid*.

montrer que cette organisation est propre à la base d'hyperliens et ne relève pas plus globalement de l'interface du site web à laquelle la base est intégrée[954]. Le droit *sui generis* n'a évidemment pas vocation à protéger les investissements relatifs au développement d'une interface de site web.

472. Pour bénéficier de la protection de ce droit, il faut encore que l'investissement lié à la vérification ou à la présentation des liens contenus dans la base soit substantiel du point de vue quantitatif ou qualitatif. Selon la CJUE, l'investissement substantiel, d'un point de vue quantitatif fait référence à des moyens chiffrables alors que, d'un point de vue qualitatif, cet investissement fait référence à des efforts non quantifiables, tels qu'un effort intellectuel ou une dépense d'énergie[955]. La substantialité de l'investissement n'est pas plus amplement définie, si bien que le critère demeure assez flou et est laissé à l'interprétation des juges nationaux[956]. Les bases de liens agrégés n'ont pas d'incidences particulières sur le critère de l'investissement substantiel. Observons simplement que, dès lors que cette base de liens est le fruit d'une création automatique, il est probable que sa constitution ait imposé des dépenses pécuniaires et un effort intellectuel caractérisant un investissement substantiel. Cette probabilité est certainement moins importante s'agissant d'une base de liens agrégés manuellement mais elle n'est pas à exclure. De ce fait, il nous semble que la protection offerte par le droit *sui generis* à l'investissement substantiel, réalisé dans la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données, est tout à fait susceptible de bénéficier à une base de liens agrégés.

B. Un droit exclusif permettant d'interdire la reconstitution d'une base d'hyperliens

473. Le principe d'une protection des bases d'hyperliens par le droit *sui generis* étant posé, il est possible de s'intéresser aux prérogatives qu'il accorde au fabricant de cette base[957]. Ces prérogatives apparaissent fondamentales du point de vue de la protection d'une base d'hyperliens : elles ont en effet vocation à empêcher la reconstitution de cette base par un concurrent. Avant d'envisager cet aspect, il

---

954 Sur ce point, v. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°1078.

955 CJCE 9 novembre, 2004, aff. C-46/02, *Fixture Marketing,* préc., point 37.

956 Mallet-Poujol N., JCl Communication Fasc. 6080, Protection des bases de données, 2010, n°74 ; Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°1093.

957 Le considérant 41 de la directive 96/9/CE définit le fabricant d'une base de données comme « *la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements* ». Dans notre cas, il s'agira donc de la personne qui a pris l'initiative et le risque de procéder à l'investissement nécessaire à la constitution de la base d'hyperliens. Il peut s'agir d'un opérateur de moteur de recherche ou d'agrégateur d'hyperliens.

convient au préalable de cerner le contour des actes soumis à autorisation, qui sont l'extraction et/ou la réutilisation d'une partie substantielle d'une base de données, évaluée quantitativement ou qualitativement.

474. La directive définit l'extraction comme « *le transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit* »[958]. Pour ce faire, il suffit que : « *tout ou partie du contenu d'une base de données se retrouve sur un autre support que celui de la base de données d'origine* »[959]. L'acte de réutilisation comprend, lui, « *toute forme de mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes* »[960]. L'acte d'extraction et/ou réutilisation soumis au monopole doit également porter sur une partie substantielle de la base de données d'un point de vue quantitatif ou qualitatif. Selon la CJUE, l'emprunt à une partie substantielle de la base d'un point de vue quantitatif « *se réfère au volume de données extrait et/ou réutilisé de la base et doit être apprécié par rapport au volume du contenu total de celle-ci* »[961].

475. D'un point de vue qualitatif, l'emprunt substantiel renvoie « *à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée* »[962]. La directive précise en outre que « *L'extraction et/ou la réutilisation répétées et systématiques de parties non substantielles du contenu de la base de données qui supposeraient des actes contraires à une exploitation normale de cette base, ou qui causeraient un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du fabricant de la base, ne sont pas autorisées* »[963]. Telle qu'interprétée par la CJUE, cette disposition a pour but d'empêcher les utilisations « *qui visent à reconstituer, par l'effet cumulatif d'actes d'extraction, la totalité ou une partie substantielle du contenu d'une base de données protégée par le droit sui generis et/ou à mettre à la disposition du public, par l'effet cumulatif d'actes de réutilisation, la totalité ou une partie substantielle du contenu d'une telle base* »[964].

---

[958] *Ibid*., art. 7 § 2 a).
[959] CJCE 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing*, Rec. p. I-07565, point 36.
[960] Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil, préc., art. 7 § 2 b).
[961] CJCE 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board*, préc., point 70.
[962] *Ibid*., point 71.
[963] Directive 96/9/CE, préc., art. 7 § 5.
[964] CJCE 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board*, préc., point 89.

476. Au regard de sa définition, le droit d'interdire l'extraction a pour finalité de prévenir la copie d'une partie substantielle d'une base d'hyperliens protégée par le droit *sui generis*. Le fait que les hyperliens copiés soient autrement disposés dans une nouvelle base de donnée est indifférent. La CJUE a en effet estimé qu'il est « *sans importance, aux fins d'interpréter la notion d'extraction [...] que le transfert du contenu d'une base de données protégée débouche sur une disposition des éléments concernés différente de celle qui caractérise la base de données d'origine* »[965]. De même, l'objectif poursuivi par l'extraction est sans conséquence sur la mise en jeu du droit exclusif. Ainsi, il importe peu que la reprise des hyperliens vise la constitution d'une autre base de d'hyperliens, concurrente ou non, de taille différente etc[966]. Par ailleurs, la notion d'extraction ne suppose pas nécessairement de « copiage physique » de la base de données[967]. Le fait de procéder à « *la reprise d'éléments d'une base de données protégée dans une autre base de données à l'issue d'une consultation de la première base sur écran et d'une appréciation individuelle des éléments contenus dans celle-ci est susceptible de constituer une «extraction»* »[968]. Cela signifie que le simple fait de reprendre des hyperliens constituant une partie substantielle d'une base de données protégée par le droit *sui generis* suffit à mettre en jeu le droit exclusif. En d'autres termes, dans le cas où à un ensemble d'hyperliens serait similaire à une partie substantielle d'une base d'hyperliens protégée par le *droit sui generis*, il faudrait que le créateur de ces derniers prouve que son inspiration est étrangère à la consultation de cette base[969]. En théorie, la faculté de maîtriser l'extraction d'une partie substantielle d'une base de données peut donc déboucher sur une protection des hyperliens présents dans cette base. L'extraction n'a d'ailleurs pas besoin de porter sur l'intégralité de la base. L'extraction d'une partie substantielle de celle-ci est en effet suffisante.

477. Le droit d'interdire la réutilisation est, quant à lui, susceptible d'empêcher la mise à disposition du public d'une partie substantielle du contenu d'une base d'hyperliens protégée. Conformément à la finalité et à la lettre de l'article 7 de la directive 96/9, la définition de la notion de réutilisation est entendue largement et inclut toute forme de mise à disposition[970]. Tout moyen qui permettrait au public d'accéder à une partie substantielle d'une base d'hyperlien peut par conséquent être interdit en vertu du droit *sui generis*. La réutilisation peut être directe et ne nécessiter aucune copie préalable du contenu de la base,

---

[965] CJCE 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing*, préc., point 39 ; CJCE 5 mars 2009, aff. 545/07, *Apis-Hristovich*, Rec. p. I-01627, point 48.

[966] *Ibid*., point 47.

[967] V. la question préjudicielle posée à la CJUE dans l'aff. C-304/07, *Directmedia Publishing,* préc., point 22.

[968] *Ibid*., point 60.

[969] Comp. Benabou V-L., obs. sous. CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07, Directmedia Publishing, Propr. Intell, 2009, n°30, p. 78.

[970] CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12*, Innoweb,* Rec. général, point 37.

surtout dans le monde physique[971]. Sur Internet, néanmoins, cette réutilisation nécessitera souvent une extraction préalable, ne serait-ce que de manière technique et transitoire.

478. En pratique, il nous semble cependant que les prérogatives accordées par le droit *sui generis* auraient essentiellement vocation à prévenir la reconstitution d'une base d'hyperliens par un métamoteur de recherche. L'activité de ces derniers consiste à explorer la totalité des bases de liens fournis par les moteurs de recherche ou d'autres agrégateurs de liens. Ils fonctionnent en interrogeant plusieurs moteurs de recherche ou agrégateurs d'actualité dont ils condensent les résultats. Les liens présents dans les résultats des moteurs de recherche ou des agrégateurs interrogés sont donc à la fois reproduits et mis à disposition par le métamoteur.

479. Dans l'affaire *Innoweb*, la CJUE a eu l'occasion de préciser le statut des méta-moteurs de recherche au regard du droit *sui generis*. La Cour a estimé que l'activité d'un métamoteur débouchait nécessairement sur une exploitation du droit *sui generis* dès lors que ce dernier :

> « *fournit à l'utilisateur final un formulaire de recherche offrant, en substance, les mêmes fonctionnalités que le formulaire de la base de données* », qu'il « *traduit « en temps réel » les requêtes des utilisateurs finaux dans le moteur de recherche dont est équipée la base de données, de sorte que toutes les données de cette base sont explorées* », qu'il « *présente à l'utilisateur final les résultats trouvés sous l'apparence extérieure de son site Internet, en réunissant les doublons en un seul élément, mais dans un ordre fondé sur des critères qui sont comparables à ceux utilisés par le moteur de recherche de la base de données concernée pour présenter les résultats* ».[972]

480. Sous ces conditions, la Cour a jugé que le métamoteur était en capacité de se substituer aux bases de données explorées[973], privant ces dernières des revenus publicitaires relatifs à leur consultation. De ce fait, la protection de l'investissement relatif à la constitution des bases de données, que le droit *sui generis* doit garantir, aurait été compromise. En outre, il ne faisait aucun doute que cette activité portait sur une partie substantielle dans la mesure où le métamoteur procédait à une exploration complète des bases interrogées. Pour la Cour, le fait que les résultats affichés par le métamoteur aient été en nombre limité était, par ailleurs sans importance, dans la mesure où toute la base était mise à disposition de l'utilisateur[974].

---

[971] Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, *op. cit.*, n°1178.
[972] CJUE 19 décembre 2013, *Innoweb,* préc., point 54.
[973] *Ibid.*, point 40.
[974] *Ibid.*, point 53.

481. L'affaire *Innoweb* concernait un type particulier de métamoteur de recherche : les métamoteurs de recherche dédiés à un type d'activité spécifique (en l'espèce un comparateur d'annonces de vente de voitures). La solution retenue par la CJUE dans l'affaire *Innoweb* nous semble cependant pouvoir être étendue à toutes les activités qui ont pour effet d'entraîner un effet de substitution entre le service proposé et une base d'hyperliens vers laquelle ce service pointe. En effet, c'est l'effet de substitution qui était au cœur de la logique interprétative qui fut celle des juges européens dans l'affaire *Innoweb* et qui, de ce fait, doit servir d'étalon à la protection. Sont alors spécialement visés par cette interdiction les méta-moteurs de recherche en raison de la nature de leur activité.

482. En dehors de l'activité des méta-moteurs, la mise en jeu du droit *sui generis* apparaît assez incertaine. L'interrogation automatique des bases explorées par un moteur de recherche semble, en effet, techniquement indispensable à la satisfaction de la condition d'un emprunt substantiel. Si l'exploration est pratiquée manuellement, il semble peu probable que cette condition puisse être réalisée au regard du volume d'hyperliens généralement présenté par les moteurs de recherche et les agrégateurs d'information. Enfin, s'agissant des bases dont la taille limitée serait compatible avec une extraction et/ou réutilisation en dehors de tout processus automatisé, il est peu vraisemblable qu'elles puissent satisfaire le critère de « *l'investissement substantiel* ».

483. En outre, le droit d'interdire l'extraction et/ou réutilisation de liens rassemblés au sein d'une base protégée ne saurait être opposé au tiers qui a acquis les hyperliens litigieux de manière indépendante, sans rapport avec ladite base. Or si les hyperliens concernés sont banals, gageons qu'il sera aisé de montrer que leur création au sein d'une seconde base n'a pas été inspirée par la consultation de la base les accueillant initialement. Il faut donc estimer que seule la reconstitution par un méta-moteur de recherche d'une base d'hyperliens sera protégée de manière certaine par le droit *sui generis*, sous la condition préalable que cette base soit éligible à la protection.

§ 2. - La protection des hyperliens par le droit *sui generis*, une protection privative appropriée

484. La protection du contenu d'une base d'hyperliens par le droit *sui generis* est appropriée parce qu'elle est en adéquation avec un régime de l'hyperlien cohérent en droit européen de la propriété intellectuelle. Cette protection peut en effet être expliquée et justifiée par la fonction informationnelle autonome des ensembles d'hyperliens agrégés (A). En outre nous constaterons que, si cette protection

constitue une limite à la liberté de créer des liens, cette limite est restreinte et n'est pas de nature à remettre en cause la cohérence d'un régime favorable à la liberté de lier (B).

A. Une protection justifiée par l'autonomie informationnelle des liens agrégés au sein d'une base de données

485. Ce qui tendra à être interdit, de manière certaine par le *droit sui generis*, c'est la reconstitution par un tiers d'une base d'hyperliens. La solution est logique dans la mesure où pareille reconstitution permettrait au tiers de se substituer à la base exploitée auprès du public, privant le fabricant de cette dernière d'un retour sur investissement. Or la protection de cet investissement est précisément la finalité du droit *sui generis*. Le périmètre de cette protection est évidemment conforme à la finalité de la directive 96/9/CE, qui est de protéger les investissements réalisés pour la constitution d'ensembles informationnels[975]. Il offre surtout une protection suffisante et efficace du contenu informationnel véhiculé par les liens agrégés. L'interdiction de reconstituer la base de liens aura pour effet de protéger le contenu informationnel émanant des liens agrégés, tout comme la protection de la structure de la base par le droit d'auteur le permettrait. Cependant, à la différence du droit d'auteur, le droit *sui generis* nous semble pouvoir bénéficier aux bases d'hyperliens avec plus de certitude. La raison en est que, structurellement, le droit *sui generis* a été conçu pour permettre la protection des ensembles informationnels[976], dont relèvent précisément les ensembles de liens.

486. Le périmètre de la protection de ce droit est également en adéquation avec une appréhension cohérente du régime de l'hyperlien par le droit de l'UE. Cette protection de la valeur liée à l'information que véhicule un ensemble de liens renvoie à la fonction autonome de l'agrégation de liens, que nous avions mis en exergue au sein du cadre conceptuel des limites à la liberté de lier[977]. Nous avions en effet montré que l'agrégation de liens avait vocation à être saisie par un droit voisin des éditeurs de presse, dès lors qu'il est établi que cette agrégation véhicule un contenu informationnel autonome, substituable aux contenus vers lesquelles elle pointe[978]. Il en va de même s'agissant de la protection par le droit *sui generis* d'un ensemble de liens agrégés. Le fait que cette protection permette d'empêcher la substitution d'une base d'hyperliens par la reconstitution de son contenu revient à conférer une existence propre à l'ensemble d'hyperliens contenus dans cette base. La protection des ensembles de liens par le droit *sui generis* renvoie

---

[975] Directive 96/9/CE, préc, considérants 39 et 40.
[976] Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1998, Litec, 355 p., n°160.
[977] V. *supra*, n°419.
[978] V. *supra*, n°425.

donc à une certaine autonomie de ces hyperliens, à leur indépendance vis-à-vis des contenus vers lesquels ces liens renvoient.

De ce point de vue, la fonction informationnelle autonome des ensembles de liens permet d'expliquer et de justifier leur protection par le droit *sui generis* sur les bases des données.

B. Une protection restreinte en adéquation avec la liberté de lier

487. Si la protection par le droit *sui generis* des ensembles de liens agrégés peut constituer une limite à la liberté de lier, elle n'a cependant pas vocation à remettre en cause le régime de liberté de lier qui se dessine en droit européen. D'abord, le droit d'interdire conféré par le droit *sui generis* ne saurait porter sur l'hyperlien en tant que tel. Pris individuellement, il n'est pas couvert par ce droit. Cette interdiction ne concerne que les liens qui pourraient être assimilés à une extraction et/ou réutilisation d'une partie substantielle d'un ensemble de liens réunis au sein d'une base de données protégée. L'objet de l'interdiction étant relativement restreint, il en découle que la limite à la liberté de lier l'est également. Cela est d'autant plus vrai que, comme nous l'avons montré, dans les faits, le droit *sui generis* aura principalement pour effet d'empêcher que l'utilisation de l'hyperlien ne serve à reconstituer *in extenso* le contenu d'une base d'hyperliens agrégés. Pour cette raison, cette limite concerne essentiellement les métamoteurs de recherche qui, en raison de leur activité, se substituent aux bases de liens vers lesquelles ils renvoient.

488. Par ailleurs, pour être caractérisé, cet effet de substitution doit répondre à des caractéristiques précises, qui atténuent fortement la portée du droit *sui generis*. Force est donc de constater que cette limite à la liberté de lier est particulièrement calibrée. À ce titre, la protection des hyperliens par le droit *sui generis* n'est pas de nature à remettre en cause le régime de liberté de lier qui émerge du droit positif.

Conclusion de la section 2

489. Le droit *sui generis* sur les bases de données constitue un moyen suffisant de protection des ensembles de liens, dans l'optique d'une appréhension cohérente de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle. Cette protection est suffisante en ce qu'elle permet au titulaire de droit d'éviter que le contenu informationnel issu d'une base d'hyperliens agrégés ne soit approprié par un tiers. Le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation d'une partie substantielle d'une base de données a en effet vocation à interdire de manière certaine la reconstitution d'une base d'hyperliens par un tiers. Dans cette perspective, la protection offerte par le droit *sui generis* permettrait de valoriser la fonction autonome de

l'agrégation de liens, fonction qui réside dans la capacité d'un ensemble de liens à véhiculer un contenu informationnel qui lui est propre, et qui le distingue des contenus vers lesquels ces liens pointent. Cette protection est également suffisante en ce sens qu'elle est suffisamment ciblée pour ne pas remettre en cause un régime juridique de l'hyperlien cohérent, structuré autour du principe de la liberté de lier. *De facto*, l'hypothèse d'une atteinte au droit *sui generis* sur une base de liens paraît assez restreinte et, au prisme de l'arrêt *Innoweb*[979], concerne essentiellement les pratiques des métamoteurs de recherche.

[979] CJUE 19 décembre 2013, *Innoweb,* préc.

Conclusion du chapitre 2

490. La mise en cohérence du régime de l'hyperlien nous a conduit à mettre en évidence que les liens agrégés pouvaient constituer un ensemble informationnel autonome, distinct des contenus pointés. Ce constat imposait nécessairement d'envisager la question de la protection privative des ensembles informationnels constitués de liens, au sein d'un régime cohérent pour l'hyperlien. Nous avons établi qu'une telle protection était justifiée, tant au regard de la fonction autonome des ensembles de liens, qu'au regard de sa compatibilité avec une appréhension européenne tendant à favoriser la liberté de lier.

491. La protection du droit d'auteur n'est pas à exclure en raison de l'éventuelle œuvre de structure pouvant résulter du choix et de la disposition des liens agrégés. Elle est cependant un moyen de protection assez incertain. Il est effectivement peu probable qu'une œuvre résultant du choix et de la disposition d'hyperliens puisse répondre au critère de l'originalité, dont dépend la naissance du droit d'auteur sur une œuvre. Dès lors, la protection des ensembles de liens par le droit d'auteur est une hypothèse marginale. À ce titre, elle n'a pas vocation à empêcher, de manière générale, la reproduction et la communication de ces liens et partant, à s'opposer à la liberté de lier. En outre qu'une telle interdiction ne pourrait porter que sur la reproduction ou la communication au public de la structure de la base et non sur les liens pris individuellement dont la création demeure invariablement libre.

492. Le droit d'auteur n'est cependant pas l'unique voie de protection des ensembles informationnels que constituent les liens agrégés. Le droit *sui generis* sur les bases de données a de fait été taillé pour permettre l'appropriation et la protection de tels objets. Pour cette raison, le droit *sui generis* se révèle être un moyen de protection adéquat. Il tend en effet à interdire de manière certaine l'appropriation d'une base d'hyperliens, et valorise ainsi le contenu informationnel de cette dernière. Dans le même temps, cette protection est suffisamment ciblée pour ne pas interdire *ipso facto* la reproduction et la communication des liens agrégés. Seule la reconstitution de la base d'hyperliens agrégés, par le truchement d'une exploration de la base et d'une reproduction systématique desdits liens, sera automatiquement interdite. En ce sens, la protection des hyperliens agrégés est compatible avec la liberté de lier et donc avec une appréhension cohérente de l'hyperlien par le droit européen de la propriété intellectuelle.

Conclusion du titre 2

493. Au fil des développements précédents, nous avons montré qu'un régime de l'hyperlien cohérent était une nécessité au regard de l'instabilité de son appréhension par le droit européen de la propriété littéraire et artistique. Les sources d'instabilité sont en effet nombreuses et se structurent autour de deux axes. Elles résident d'abord dans le régime de l'hyperlien tel que la CJUE l'a construit au regard du droit de communication au public. La Cour de justice s'est posée en régulatrice[980], cherchant un équilibre subtil entre l'impératif de la liberté de lier et la protection du droit d'auteur. Or cet équilibre ne pouvait être atteint qu'au prix d'une dénaturation des principes fondateurs de ce droit. Le résultat se trouve être un régime complexe, aux principes directeurs flous, si bien qu'il ne permet pas d'anticiper avec sérénité le sort de problématiques juridiques pourtant basiques. Par exemple, le sort des liens créés par les moteurs de recherche, qui pointent vers des contenus illicites, est relativement incertain. Pourtant, dans l'arrêt *GS Media* la CJUE avait cherché à définir de manière synthétique le régime des liens pointant vers des contenus illicites au regard du droit de communication au public. L'incohérence du régime de l'hyperlien risque ensuite d'être renforcée par l'adoption d'un nouveau droit voisin des éditeurs de presse sur l'utilisation numérique de leur contenu en ligne. Certes l'hyperlien est *a priori* exclu du giron de ce nouveau droit exclusif. Mais il pourrait être indirectement concerné en raison du champ d'application relativement large et assez indéterminé de ce droit. Ainsi, la création de ce nouveau droit risque d'être en contradiction avec l'appréhension européenne de l'hyperlien qui tend, par ailleurs, à être favorable à la liberté de lier.

494. Ce défaut de cohérence du régime de l'hyperlien en droit d'auteur est inconciliable avec l'exigence de sécurité et de prévisibilité du droit. Le droit d'auteur européen est particulièrement touché puisque certains de ses principes fondateurs ont été bouleversés. Il s'ensuit une perte de lisibilité de la norme. La Commission européenne n'a pourtant de cesse de rappeler que la confiance des acteurs dans le droit européen constitue l'un des piliers de la construction du marché unique numérique[981]. La mise en cohérence du régime de l'hyperlien est alors apparue indispensable. À l'approche critique a donc succédé une approche prescriptive.

---

[980] Siiriainen F., Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » *in* Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p, spéc., p. 148.

[981] V. par exemple, European Commission, A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence, SWD (2015) 100 final, p. 5 : « *On the other hand, without a completed, secure and trustworthy DSM, new digital services for consumers and businesses, as well as services underpinning them (the Internet of Things, big data and cloud computing), may happen later or to a lesser extent in Europe* ».

495. Dans cette optique, nous avons envisagé différentes modifications du régime actuel de l'hyperlien. Notre objectif a été de clarifier et de simplifier ce régime grâce à une meilleure articulation entre la technique et les usages de l'hyperlien, et le droit de communication au public. S'ajoutait à cela notre volonté d'envisager un régime qui respecte l'équilibre défini par la Cour de justice entre la liberté de lier et la protection du droit d'auteur. Nous avons en outre montré que ce réagencement normatif impliquait de reconnaître le caractère variable de la communication du fait du lien. La caractérisation juridique des deux pôles de ce caractère variable, l'hyperlien-relais d'une communication initiale et l'hyperlien autonome, permet en effet de comprendre et délimiter de manière générale et abstraite la liberté de lier et ses limites.

496. La mise en évidence de la fonction autonome de l'hyperlien requérait ensuite d'analyser l'articulation d'une éventuelle protection privative de l'hyperlien avec une appréhension européenne de l'hyperlien favorable à la liberté de lier. En effet, si l'hyperlien est capable de véhiculer une information qui lui est propre, de manière autonome, il faut également admettre qu'il peut être le support d'une valeur immatérielle identifiable et, partant, protégeable. Il devenait alors nécessaire d'évaluer le bien-fondé d'une telle protection ainsi que sa compatibilité avec la liberté de lier. En théorie, un lien protégé par un droit exclusif est, effet, un lien qui ne peut être ni reproduit ni communiqué au public. Bien que cette protection soit envisageable, spécialement à l'aune du droit *sui generis* sur les bases de données, nous avons montré qu'elle ne remet pas en cause une appréhension du lien fondée sur un principe de liberté. De fait, les cas où cette protection pourrait bénéficier aux ensembles de liens sont étroitement limités et circonstanciés.

Conclusion de la partie 1

497. L'application des règles du droit de la propriété intellectuelle applicables à l'hyperlien a permis de mettre au jour que l'appréhension de l'hyperlien en droit européen était résolument favorable à la liberté de lier. Effectivement, la mise en jeu du droit des marques, ou de l'un des droits de la propriété littéraire et artistique, ne saurait être considérée comme un effet de l'activité de lier. Globalement, la pose d'un lien apparaît neutre au regard de l'exploitation d'un droit exclusif de la propriété intellectuelle. Ce n'est que de manière marginale ou conditionnée que le droit européen de la propriété intellectuelle aura vocation à s'ériger en limite à la liberté de lier. Il devient ainsi possible d'affirmer que le principe est celui de l'existence d'une liberté de créer des liens au sens juridique du terme[982] car l'interdiction de lier, en raison de l'opposabilité d'un droit exclusif, demeure l'exception.

498. Ce régime de liberté n'est toutefois qu'émergent en ce sens qu'il souffre d'un défaut de stabilité. La contribution centrale de la CJUE dans la définition de ce régime a en effet achoppé sur le plan de la cohérence. L'équivoque et la complexité des arrêts *Svensson* et *GS Media*, piliers de cette contribution, en sont les principales causes. L'absence de distinction selon les usages du lien et le manque de rigueur conceptuelle dans l'appréhension des fonctions du lien au regard de la notion de communication au public sont donc à l'origine de ces difficultés[983]. Le même reproche peut être adressé au futur droit voisin sur les éditeurs de presse. Du fait de son champ d'application relativement indéterminé, il pourrait être en contradiction avec le régime de liberté de l'hyperlien en droit d'auteur[984]. Ainsi, sans une méthode d'ensemble, l'appréhension de l'hyperlien ne peut être que déficiente. Cette incohérence n'est pas satisfaisante au regard de l'exigence de sécurité juridique. Elle constitue, en effet, un danger pour la diffusion et l'accès à l'information sur Internet, dont l'hyperlien est l'un des piliers. Elle est également une source d'incertitude pour la définition des modèles économiques sur Internet. La problématique du partage de la valeur en ligne portée par la proposition de droit voisin des éditeurs de presse en est l'illustration parfaite. En l'état, cette appréhension semble par conséquent peu compatible avec un droit d'auteur

---

[982] C'est-à-dire la possibilité de se *« comporter selon sa propre et autonome volonté »*, Carbonnier J. Droit civil. Vol 1., 2004, 1ère éd., coll. Quadrige, P.U.F., 1496 p., p. 313 ; V. également Guillaume Lécuyer pour qui la liberté juridique est *« le champ d'autodétermination offert à une personne par l'ordre juridique dans un périmètre au-delà duquel le droit ne la permet plus. La liberté juridique se caractérise paradoxalement par l'absence de droit dans un espace que l'ordre juridique définit. La liberté juridique est donc le cadre non entravé de la liberté, la dimension offerte à cette prérogative, un espace des possibles. Elle se conçoit positivement comme la possibilité d'action ouverte dans un espace défini et négativement comme la possibilité de l'abstention. Par conséquent, la liberté d'expression est à la fois liberté de s'exprimer et de ne pas s'exprimer »*. Lécuyer G., Liberté d'expression et responsabilité, 2016, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques de Thèse, 611 p. n°3.

[983] Sans doute ce constat n'est il pas réservé au cas de l'hyperlien.

[984] Liberté de lier que semble d'ailleurs reconnaître la proposition de directive puisque, pour rappel, le considérant 34 précise que le nouveau droit exclusif n'a pas vocation à s'étendre aux hyperliens qui ne sont pas des communications au public.

européen « *plus harmonisé qui encourage aussi bien la création que l'investissement, tout en permettant la transmission et la consommation de contenu au-delà des frontières nationales* »[985].

499. Pourtant, nous avons montré qu'une approche cohérente, favorable à la liberté de lier et dans le respect de la propriété littéraire et artistique était possible. Si, à cette fin, des modifications du droit positif sont nécessaires, leur impact sur ce dernier parait minime. L'enjeu a surtout été de faire reposer ces modifications sur des critères clairs qui permettent de fonder et de borner le plus précisément possible la liberté de lier au regard du droit d'auteur. Dans cette perspective, une délimitation satisfaisante de la liberté de lier au regard du droit européen de la propriété intellectuelle est un horizon souhaitable et possible.

500. Si le rapport de l'hyperlien au droit européen de la propriété intellectuelle constitue l'aspect principal de l'appréhension juridique de l'hyperlien, elle n'en constitue qu'une partie. Cette appréhension passe également par l'encadrement de la diffusion de l'information du fait du lien.

[985] Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM (2015) 192 Final, 06/05/2015, p.8.

PARTIE 2: Une liberté de lier encadrée de manière différenciée quant à la diffusion de l'information

501. « *La liberté implique la responsabilité* », particulièrement sur Internet[986]. Ce média facilite et démultiplie les possibilités de propager des contenus illicites ou préjudiciables. À cet égard, la mise en exergue de l'émergence d'une liberté de lier en droit de la propriété intellectuelle n'épuise pas notre sujet. Il reste encore à déterminer les conséquences juridiques qui peuvent être attachées à la diffusion du contenu pointé et, plus généralement à la diffusion d'information du fait du lien. Que se passe-t-il « *quand un lien, un moteur de recherche, un annuaire, dans cette fonction « directionnelle » conduisent à un site dont le contenu va s'avérer critiquable voire délictueux ? Le fait d'avoir en quelque sorte montré le chemin est-il de nature à engendrer leur responsabilité* ? »[987]. Cette problématique est cruciale dès lors que l'on admet que l'hyperlien constitue la principale porte d'accès vers l'ensemble des contenus d'Internet, y compris vers les contenus préjudiciables ou illicites. Elle se pose avec plus d'acuité encore s'agissant des liens fournis par les moteurs de recherche, les agrégateurs d'information ou les médias sociaux dont la fonction est de révéler, voire de mettre en avant ces contenus auprès des internautes.

502. La délimitation de la responsabilité du fait de la diffusion du contenu lié constitue de ce fait un aspect important de l'appréhension de l'hyperlien en droit européen. Observons au préalable que cette question n'a pas vocation à conditionner l'existence même de la liberté de lier. En effet, l'enjeu n'est pas de déterminer si l'activité de lier peut, en soi, être illicite. Nous l'avons vu, cette dimension de la liberté de lier relève de l'appréhension de l'hyperlien par le droit européen de la propriété intellectuelle. Il n'en demeure pas moins que la responsabilité du fait de la diffusion de contenus du fait du lien représente un aspect crucial du point de vue de la liberté de lier et de ses limites. Cette responsabilité est effectivement susceptible d'affecter les modalités d'exercice de la liberté de lier et, partant, la circulation de l'information au sein du marché unique numérique[988]. En contrepoint, l'enjeu porte également sur la régulation des usages du lien susceptibles de déstabiliser la société européenne de l'information. Tel pourrait par exemple

---

Derieux E., Neutralité : liberté ou surveillance. Fondement et éléments du droit de l'Internet, RLDI n°74, 2011 ; Pour une approche général, v. notamment Malaurie P., Liberté et responsabilité, Defrésnois, n°5, 2004, p. 351.

987 Vivant M., Lamy droit du numérique, étude n°2327, Et les « agents de navigation » ?.

988 Rappr. Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702 final, 23/11/2003, p. 14.

être le cas si la liberté de lier conduisait à favoriser la dissémination de contenus illicites[989] ou à fausser la concurrence entre fournisseurs de contenus[990].

503. Malgré l'importance des enjeux, aucun texte du droit de l'Union européenne ne prévoit de responsabilité spécifique pour les poseurs de liens, eu égard au contenu lié, et cela, au contraire du *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)* américain[991] ou du droit de certains États membres de l'Union[992]. Pour autant, cette absence ne signifie pas qu'il n'y ait rien à dire de cette responsabilité des créateurs de liens au sein de l'Union européenne. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique contient en effet des dispositions sur la responsabilité des prestataires intermédiaires d'Internet du fait des contenus dont ils ont la charge. Les initiatives européennes relatives à la responsabilité des plateformes en ligne intègrent également des dispositions susceptibles d'affecter la responsabilité de certains fournisseurs de liens du fait de l'illicéité du contenu lié[993]. Toutefois, cette responsabilité permet uniquement d'appréhender les créateurs de liens dans leur stricte fonction d'intermédiation. Dit autrement, elle revient à établir si les fournisseurs de liens doivent être responsables pour avoir relayé un contenu publié par un autre.

504. Or d'un point de vue sociologique, certains intermédiaires fournissant des hyperliens, à l'instar des moteurs de recherche, jouent un rôle qui dépasse cette fonction d'intermédiation *stricto sensu* : ils déterminent directement la visibilité de l'information sur Internet et, partant, sur sa disponibilité effective[994]. De fait, dans un contexte « d'infobésité », la navigation sur Internet « *n'est rendue fluide que par ces outils de repérage des ressources et les entrelacs de liens* »[995]. Tel est en particulier le cas des moteurs de recherche, *a fortiori* lorsqu'ils sont en situation de dominance, comme l'est le moteur de recherche de *Google*. Ce peut pareillement être le cas de médias sociaux, à l'instar de *Twitter* ou *Facebook*

---

989 Rappr. Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016.

990 *Ibid*.

991 V. 17 U. S. C. § 512 (d). Sur la portée de cet article v. Lee E., Decrypting the DMCA Safe harbors, Columbia journal of law and the Arts, n°32, 2009, p. 233. Précisons également que les exemptions de responsabilités prévues par le DMCA pour les fournisseurs de liens ne concernent que le domaine du droit d'auteur.

992 L'Espagne ou l'Autriche, la Pologne ou la Hongrie. V. Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, Markt/2006/09/E, 2007, 115 p., p. 86 ; Van Hoboken J., Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012,Thèse, Amsterdam, 386 p., p. 233 et s. Accessible à : https://dare.uva.nl/search?identifier=df2041ce-167d-4e00-9a06-c3937ec5acca. Dernier accès le 01/03/2019.

993 V. Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p.

994 Cardon D., À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data, 2015, Seuil, coll. La République des idées, 112 p. ; Benabou V-L et Rochfeld J., À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique, 2015, Odile Jacob, coll. Corpus, 106 p., p. 42 et 43. Sénéchal J., L'opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de services interpersonnels *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit*., p. 15 et s.

995 Benabou V-L et Rochfeld J., À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique, *op. cit*., p. 42 et 43.

ou des agrégateurs de contenus, dès lors que ces services agrègent et mettent à disposition des liens créés par leurs utilisateurs. Or le droit de l'Union européenne tend également, de plus en plus, à appréhender directement ce type d'activité, qui consiste à agréger et ordonnancer des informations grâce à l'hyperlien. L'arrêt *Google Spain*[996] en matière de déréférencement ou la régulation des plateformes en ligne sont deux foyers majeurs de cette tendance.

505. Il faut donc envisager que l'appréhension de l'hyperlien quant à la diffusion de l'information fasse l'objet d'un encadrement différencié en droit de l'UE. Outre la question de la responsabilité de fournisseur de liens du fait du contenu lié (**Titre 1**), il convient aussi d'envisager la régulation de l'ordonnancement des liens, en tant que source autonome d'information (**Titre 2**). De plus, conformément au fil conducteur de notre étude, il s'agira d'évaluer cet encadrement différencié à l'aune de la liberté de lier et des ces limites.

[996] CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général.

TITRE 1. - Un encadrement par la responsabilité du fait du contenu lié

506. Au cours des développements qui suivront, nous déterminerons la manière dont le droit de l'Union envisage la responsabilité du fournisseur de liens du fait du renvoi à un contenu publié par un tiers, en dehors de toute relation contractuelle. Le droit commun de la responsabilité civile contractuelle a en effet été exclu du champ de cette thèse en tant qu'il échappe à l'harmonisation européenne. La responsabilité qui sera ici abordée est relative à la fonction d'intermédiation, qui est exercée par le fournisseur de liens, entre l'émetteur du contenu lié et son destinataire final. Dans le sillage de la définition classique de la notion de responsabilité[997], nous serons donc amenés à définir dans quelle mesure le fournisseur de lien a l'obligation de répondre du dommage qui pourrait résulter de la mise en relation, du fait du lien, d'un utilisateur final avec un contenu illicite ou préjudiciable[998].

507. Cette responsabilité a vocation à être abordée à l'aune du régime de responsabilité prévu par la directive 2000/31/CE pour les prestataires intermédiaires d'Internet, même si celui-ci n'intègre pas la fourniture de liens hypertextes. En raison des évolutions que ce cadre a connues sous l'impulsion de la CJUE, nous montrerons que les prestataires intermédiaires fournissant des liens sont susceptibles de bénéficier de ce régime spécifique (**Chapitre 1**). L'application extensive de ce régime de responsabilité à certains fournisseurs conduit toutefois à « forcer » la lettre de la directive 2000/31/CE. Elle aboutit à « *mettre en doute la pertinence d'un cadre légal forgé à la fin des années 1990* »[999] quant à son application aux créateurs automatiques de liens que sont les moteurs de recherche, aux agrégateurs d'information et aux médias sociaux. Le régime de responsabilité de ces acteurs demeure instable et requiert en conséquence d'être clarifié (**Chapitre 2**).

---

997 V. par ex. Thiberge C., Avenir de la responsabilité, Responsabilité d'avenir, Rec. Dalloz, 2004, p. 577.

998 Sur ce que recouvre la notion de contenu illicite ou préjudiciable en droit de l'Union, v. Commission européenne, Communication sur le contenu illégal et préjudiciable sur Internet, COM 96 (487) final, 16/10/1996, p.11.

999 Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?, *op. cit.*, p. 61.

Chapitre 1. - L'application du régime de responsabilité limitée des intermédiaires d'Internet aux fournisseurs de liens

508. L'application du régime de responsabilité limitée de la directive 2000/31/CE est réservée à certains prestataires intermédiaires d'Internet qui sont limitativement énumérés et définis aux articles 12 à 14 de cette directive. Ces dérogations de responsabilité étaient à l'origine destinées à profiter aux intermédiaires « garantissant » la mise en œuvre matérielle » du réseau Internet[1000]. Etaient alors concernés les opérateurs permettant l'accès au réseau, les fournisseurs d'accès à Internet, ainsi que les opérateurs permettant l'alimentation du réseau en contenu, les fournisseurs d'hébergement.

509. Au tournant des années 2000, la société européenne de l'information a vu apparaître de nouveaux intermédiaires, tels que les agrégateurs de contenus et les médias sociaux, qui se fondent malaisément dans le schéma de responsabilité prévu par la directive 2000/31[1001]. Ces derniers ne se bornent pas, en effet, à assurer le fonctionnement du réseau sur un plan strictement matériel, mais accueillent et/ou permettent l'accès à des contenus publiés par d'autres[1002]. Pour autant, leur activité relève bien d'une forme d'intermédiation en ce sens qu'ils *« donnent accès, hébergent, transmettent et indexent des contenus, produits et services provenant de tiers sur Internet ou fournissent des services Internet à des tiers »*[1003]. En matière d'hyperliens, tel est le cas des moteurs de recherche, des agrégateurs d'actualité ou des médias sociaux. L'activité de ces intermédiaires repose effectivement sur la fourniture de liens, soit parce qu'ils les ont eux-mêmes créés (les moteurs de recherche), soit parce qu'ils organisent la diffusion de liens créés par les utilisateurs de leur service (les médias sociaux et certains agrégateurs de contenus). Se pose alors la question de savoir si le régime de responsabilité limitée de la directive 2000/31, et plus spécialement celui prévu pour les hébergeurs, peut bénéficier à ces acteurs d'un nouveau genre[1004].

510. La CJUE a été amenée, au fil de sa jurisprudence, à délimiter la notion de prestataire intermédiaire de manière extensive. Elle a étendu cette notion aux activités consistant à accueillir du contenu fourni par des tiers, au-delà d'un stockage strictement matériel, pour peu que ces activités soient neutres eu égard aux

---

1000 Montero E., Les responsabilités liées au web 2.0, R.T.D.I, n°32, 2008, p. 363, spéc., p. 369 ; Castet-Renard C., Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'Internet, Rec. Dalloz, 2012, p. 827.

1001 Montero E., Les responsabilités liées au web 2.0, préc., p. 370 ; Marino L., Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement, JCl Communication, Fasc. 670, 2015, n°20 ; Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014, n°175 et s. Barbry E., Proust O., Le web 2.0 pousse la barre des prétoires, Gaz. Pal, n°297, 2007, p.10 ; Montanari A., « Lex Google » : copyright law and internet providers, future ennemies or allies ?, E.I.P.R, Vol. 35, n°8, 2013, p. 434.

1002 Montero E., Les responsabilités liées au web 2.0, préc., p. 370.

1003 Perset K., The economic and social role of Internet intermediairies, OCDE, 2010, p. 9. Accessible à : https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

1004 *Ibid.*

contenus accueillis. De la sorte, il y a lieu d'envisager que ce régime couvre également les prestataires intermédiaires fournissant des liens (**Section 1**). Après quoi, l'étude du régime de responsabilité applicable aux prestataires intermédiaires fournissant des hyperliens permettra d'observer que ce régime est favorable à l'exercice de la liberté de lier (**Section 2**).

Section 1. - Un régime étendu aux intermédiaires fournisseurs de liens

511. Avant de déterminer si le régime de responsabilité limitée des prestataires intermédiaires est susceptible de s'appliquer à certains intermédiaires créateurs de liens, il convient de souligner que cette extension ne peut se réaliser qu'en dehors de la lettre de la directive sur le commerce électronique (§1). Ces précisions liminaires permettront de mieux comprendre les enjeux que soulève la question du régime de responsabilité applicable aux intermédiaires fournissant des liens au sein de l'UE. Malgré cette exclusion textuelle, nous défendrons néanmoins l'idée que ce régime de responsabilité peut s'appliquer à certains fournisseurs de liens : la position libérale de la CJUE eu égard à la qualification de prestataire intermédiaire va effectivement en ce sens. Toutefois cette extension apparait relative. D'une part, ses fondements sont assez incertains et, d'autre part, seuls les prestataires intermédiaires ont vocation à en bénéficier (§2).

§ 1. - Une extension en marge de la lettre de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique

512. La directive 2000/31 est claire : un régime de responsabilité limitée est prévu pour certaines catégories de prestataires intermédiaires d'Internet, limitativement énumérés par la directive. *A priori*, la fourniture d'hyperliens ne saurait s'arrimer à l'une ou l'autre de ces catégories (A). La chose est étonnante si l'on admet, avec la Commission européenne[1005], l'importance du régime de responsabilité du poseur de lien pour le développement du commerce électronique et d'Internet (B).

A. Des régimes de responsabilité de la directive 2000/31/CE n'intégrant pas la fourniture de liens

513. Seuls certains prestataires intermédiaires, les fournisseurs d'accès, les fournisseurs de cache et les fournisseurs d'hébergement sont susceptibles de bénéficier d'un régime de responsabilité limitée. Au moment de l'adoption de la directive, l'état du développement d'Internet ne justifiait pas, selon le législateur européen, de prévoir un régime de responsabilité harmonisé spécifique aux fournisseurs de liens (1). Des contre-exemples viennent pourtant nuancer cette approche (2).

[1005] Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc, p. 14.

1° Des régimes réservés aux fournisseurs d'accès, aux fournisseurs de cache ou aux fournisseurs d'hébergement

514. La directive 2000/31/CE a pour finalité de « *contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres* ».[1006] Or au début des années 2000, le constat est fait que :

> *« Les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence »*[1007].

515. C'est afin de pallier cette difficulté, menaçant la réalisation du marché intérieur, que des principes et critères communs de responsabilité des prestataires intermédiaires ont été intégrés à la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique[1008]. Cette responsabilité spéciale est envisagée à la section 4 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique intitulée : « Responsabilité des prestataires intermédiaires ». La notion de prestataire intermédiaire, en tant que telle, n'est pas définie plus avant par la directive sur le commerce électronique. Il ressort simplement du considérant 40 de cette dernière, que les prestataires intermédiaires constituent une sous-catégorie d'un ensemble plus large, les prestataires de service de la société de l'information. La catégorie des prestataires intermédiaires se structure plus précisément autour de trois types d'activité : le simple transport à l'article 12, le stockage dit « caching » à l'article 13 et l'activité d'hébergement à l'article 14.

516. L'activité de « simple transport » est définie à l'article 12 § 1 de la directive sur le commerce électronique comme un « *service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication* ». Cette catégorie regroupe donc en pratique les activités des opérateurs de communication électronique et des fournisseurs d'accès à Internet[1009]. Le § 2 de l'article 12 précise en outre que l'activité de simple transport englobe « *le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des*

1006 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), art. 21, JOCE n° L178 du 17/07/2000, p.1-16, art. 1. 1.

1007 Ibid, considérant 40.

1008 Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, Cahiers du C. R. I. D, n°19, 2001, p. 273 ; Vivant M., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP G, n°45, 1999, n°517.

1009 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015, Larcier, 711 p., n°866.

informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission ».

517. L'activité consistant à fournir une forme de stockage dit de « *caching* » est, elle, définie à l'article 13 § 1 de la directive. Il s'agit d'un service consistant à assurer un « *stockage automatique, intermédiaire et temporaire* » d'une information dans le but de rendre plus efficace sa transmission ultérieure. En pratique, le *caching* vise à reproduire régulièrement les documents du web les plus visités par les internautes sur un serveur situé géographiquement au plus près de ces derniers. De la sorte, l'opérateur de communication électronique est à même d'acheminer plus rapidement le contenu stocké en cache lorsque l'utilisateur final en fait la demande[1010].

518. Enfin, l'activité d'hébergement est délimitée à l'article 14 § 1 de la directive. Elle concerne le stockage des informations fournies par un destinataire de service, peu important la nature de celle-ci. Le « *destinataire de service* » doit être entendu comme un synonyme d'utilisateur du service .

519. Au regard de la définition des activités de « simple transport », de fourniture de « cache » et d'hébergement, il est évident que la fourniture de liens, quelle qu'en soit la forme ne saurait être rattachée, *a priori*, à l'une ou l'autre. S'il en était besoin, l'article 21 de la directive, qui prévoit l'éventuel réexamen de cette dernière, le confirme. Il y est indiqué que la Commission européenne pourra, dans le cadre de son rapport d'application de la directive 2000/31/CE faire des propositions concernant la responsabilité des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche. Il faut en déduire que le législateur européen a clairement exclu l'harmonisation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des fournisseurs d'hyperlien *lato sensu*. En outre, les limitations de responsabilité établies par la directive concernent le type d'activité exercée et non le type d'opérateur[1011]. En conséquence, les limitations de responsabilité ne devraient pas pouvoir bénéficier à un poseur de liens au motif que ce dernier peut être qualifié d'hébergeur. Ainsi, à s'en tenir à une interprétation stricte et statique[1012] de la directive 2000/31/CE, les activités relatives à la fourniture de liens ou de service des moteurs de recherche ne pourraient bénéficier de l'une des limitations de responsabilité prévues à la section 4 de ladite directive. Ces activités auraient donc vocation à être

---

[1010] *Ibid*., n°885.

[1011] Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, préc., 520.

[1012] Sur les méthodes d'interprétation de la loi, v. Bergel J-L., Méthodologie juridique, 3ème éd. 2018, P.U.F, coll. Thémis, 469 p. n°144 et s.

encadrées par le droit commun de la responsabilité ou, éventuellement, par des régimes spéciaux propres à chaque État membre.

520. La raison avancée pour écarter l'harmonisation du régime de responsabilité des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche est assez incertaine. Dans son rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE de 2003, la Commission européenne s'est contentée d'indiquer, de manière lapidaire, que cela n'était guère nécessaire au moment de l'élaboration de la directive[1013]. Sans doute les fournisseurs de liens et les moteurs n'étaient-ils pas aussi développés à l'aube des années 2000 qu'ils ne le furent par la suite. La prudence aurait alors incité le législateur européen à ne pas se prononcer sur le régime de responsabilité à adopter pour ces nouveaux acteurs. Pourtant, dès 1998 le DMCA américain introduisait un régime de responsabilité limitée pour les fournisseurs de liens et les moteurs de recherche[1014]. La nouveauté de ces acteurs et les difficultés à appréhender leur responsabilité était donc toute relative[1015]. À la vérité, il semble que l'absence des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires ait une origine essentiellement politique[1016]. L'octroi d'un régime de responsabilité limitée à certains prestataires intermédiaires était (déjà)[1017] extrêmement sensible politiquement au regard des intérêts en présence[1018]. On peut ainsi penser que les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique furent le fruit d'un compromis dont les fournisseurs de liens et les moteurs de recherche n'ont pas fait partie. Moins développés en Europe qu'aux Etats-Unis au début des années 2000, il n'a sans doute pas semblé politiquement pertinent d'impliquer ces acteurs lors de l'élaboration de la directive[1019].

Pourtant, des contre-exemples au sein des États membres semblent montrer que la solution inverse était envisageable.

[1013] Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc, p. 14.

[1014] V. 17 U. S. C. § 512 (d).

[1015] Preuve en est que la doctrine européenne a identifié très tôt l'enjeu de la responsabilité des outils de localisation de l'information. V. notamment Verbiest T., The liability, in french and belgian laws, of search tool on the Internet, International Journal of law and Information Technology, Vol. 7, n°3, 1999, p. 238, spéc., p. 253.

[1016] Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 230.

[1017] Le débat est toujours d'actualité, en particulier au regard des récentes initiatives de la Commission en matière de responsabilité des plateformes. V. par ex. Vivant M., Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscure clarté d'un droit sans boussole apparente, *in* Mélanges Poullet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde, Larcier, 2018, 800 p., p. 319.

[1018] Vivant M., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP G, n°45, 1999.

[1019] *Ibid.*

2° Les contre-exemples au sein des Etats membres : la responsabilité limitée des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche

521. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique n'a pas pour effet d'harmoniser le régime de responsabilité des prestataires intermédiaires de manière exhaustive. Les articles 12 à 15 constituent une harmonisation partielle de la responsabilité des intermédiaires, des limitations de responsabilité en deçà desquelles les États membres ne peuvent aller[1020]. Cela explique d'ailleurs la formulation négative employée par les articles 12 à 15. Les États membres ont par conséquent la latitude suffisante pour prévoir des dérogations de responsabilité à l'endroit d'autres prestataires intermédiaires, tels que les fournisseurs de liens ou les moteurs de recherche (qui sont selon nous un type particulier de fournisseurs de liens).

522. Cette possibilité a été activée dès la transposition de la directive par l'Espagne, l'Autriche et le Portugal. Ces États membres ont jugé nécessaire de prévoir de telles limitations de responsabilité afin d'encourager le développement d'Internet en sécurisant l'étendue de la responsabilité de fournisseurs de liens et des moteurs de recherche[1021]. L'Autriche a ainsi calqué le régime de responsabilité des moteurs de recherche sur celui de l'activité de « simple transport » de l'article 12 de la directive 2000/31/CE[1022]. Selon ce régime, le moteur de recherche n'est pas responsable des informations transmises à la condition qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission, qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission, qu'il ne sélectionne pas ou ne modifie pas les informations transmises. Cet État membre a également organisé la responsabilité limitée des fournisseurs de lien. Le modèle choisi fut celui de la responsabilité limitée des hébergeurs de la directive 2000/31/CE[1023]. Le droit autrichien ajoute cependant que cette dérogation de responsabilité ne saurait jouer si le poseur de liens s'identifie au contenu vers lequel il renvoie[1024]. L'Espagne et le Portugal ont également établi un régime de responsabilité limitée pour les fournisseurs de liens et les moteurs de recherche[1025]. Ces deux États membres ont placé ce régime dans le sillage de celui des fournisseurs d'hébergement. En substance, les acteurs précités ne sont pas responsables s'ils n'avaient pas connaissance de l'illicéité des contenus liés. Ces expériences nationales laissent présager de

---

1020 V. Crabit E., *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne, n°4, 2000, p. 812, citée par Stalla-Bourdillon S., Responsabilité civile et stratégie de régulation : essai sur la responsabilité civile des prestataires intermédiaires de service en ligne, 2010, Thèse, Institut universitaire européen de Florence, 570 p., p. 319.

1021 Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc, p. 14.

1022 Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries for the European Commission, préc., p. 88.

1023 *Ibid*., p.94.

1024 *Ibid*.

1025 *Ibid*.

l'importance et de la pertinence d'un régime de responsabilité spécifique pour l'ensemble des fournisseurs de liens, moteurs de recherche inclus, afin de favoriser le développement d'Internet et de la société de l'information.

B. Le rôle déterminant du régime de responsabilité du fournisseur de liens pour la liberté de lier

523. Si le droit de l'Union ne prévoit pas de régime de responsabilité particulier pour les fournisseurs de liens, il n'en demeure pas moins que cette responsabilité peut affecter la liberté de lier de manière déterminante. Un retour sur les fondements du régime de responsabilité limitée des prestataires intermédiaires de la directive 2000/31/CE permettra de mieux le percevoir. Quels sont alors ces fondements ? Selon la Commission européenne :

> *« Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues par la directive ont été considérées comme indispensables pour garantir d'une part la fourniture de services de base assurant la libre circulation en continu de l'information sur le réseau et d'autre part la fourniture d'un cadre qui permette à l'Internet et au commerce électronique de se développer »*[1026].

524. Dans le constat fait par la Commission européenne, la relation entre la responsabilité des prestataires intermédiaires et le développement de l'Internet et du commerce électronique n'est pas explicite. Il peut toutefois s'expliquer facilement. La structure décentralisée de l'Internet, ainsi que sa dimension mondiale rendent malaisée l'identification des émetteurs des contenus illicites et, partant, l'application du droit à leur encontre[1027]. Or la diffusion d'un message illicite sur le réseau ne peut se faire sans le concours des prestataires intermédiaires chargés de mettre en relation l'émetteur dudit message et le public des internautes[1028]. Ces intermédiaires sont les nœuds du réseau internet. De la sorte, ils sont les plus à même de supprimer ou de prévenir l'accès au contenu litigieux lorsque son auteur demeure intouchable, notamment en raison du caractère mondial d'Internet[1029].

1026 Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc, p. 14.

1027 Commission européenne, Communication sur le contenu illégal et préjudiciable sur Internet, COM 96 (487) final, 16/10/1996, p.11, V. également Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, Cahiers du C. R. I. D, n°18, 2001 p. 273 ; Vivant M., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP G, n°45, 1999 ; Castet-Renard C., Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'Internet, Rec. Dalloz, 2012, p. 827. ; Belli L., Sappa C., The intermediary conundrum. Cyber-regulators, cyber-police or both ? JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 183, n°7.

1028 *Ibid.*

1029 *Ibid.*

525. Au moment de l'adoption de la directive 2000/31/CE, le danger pour le développement du commerce électronique était donc que certains États membres n'optent pour un système de responsabilité de nature à inciter les prestataires intermédiaires à réguler l'ensemble des contenus dont ils ont la charge[1030]. Tel est le cas de la responsabilité objective ou de plein droit[1031]. Dans le cadre d'un système de responsabilité de ce type, la faute n'est ni une condition technique, ni même un fondement de responsabilité[1032]. Au contraire, la responsabilité objective repose sur le risque lié au développement technique engendré par une activité donnée[1033]. Assujettis à une responsabilité objective, les prestataires intermédiaires auraient systématiquement eu à répondre des dommages résultant des activités qu'ils permettent. La crainte de voir leur responsabilité automatiquement engagée risquait alors d'inciter ces acteurs à exercer, de leur propre chef, un contrôle généralisé sur les contenus, afin de prévenir tout dommage dont ils auraient nécessairement eu à répondre. Le coût de cette régulation privée, associé au risque de paralysie des usages, était de nature à freiner le développement du commerce électronique. *A contrario*, dans un système dans lequel la mise en jeu de la responsabilité des intermédiaires est limitée à la commission d'une faute caractérisée, leur responsabilité ne peut être retenue que s'ils véhiculent intentionnellement un contenu illicite[1034]. De la sorte, le contrôle préalable généralisé et la censure active des contenus ne sont pas une nécessité. Un tel système de responsabilité favorise donc en principe la libre circulation de l'information en ligne et partant, le développement d'Internet et du commerce électronique[1035]. Il permet également de préserver la liberté d'expression et la liberté d'entreprendre en ligne.

526. Au final, il faut retenir que le régime de responsabilité mis en place par la directive repose sur l'idée que le degré de responsabilité des prestataires intermédiaires détermine la structure du réseau

---

1030 Sur la régulation du réseau par les prestataires intermédiaires, v. Stalla-Bourdillon S., Chilling ISPs...When private regulators acte without adequat public framework, Computer law & Security Review, Vol. 26, n° 3, 2010, p. 290.

1031 Buffelan-LanoreY., Larribau-Terneyre T., Droit civil. Les obligations., 2016, 15ème éd., Syrey, coll. Université, 1282 p., n°2179 et s.

1032 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015 Larcier, 711 p., n°757.

1033 Sur le risque comme fait générateur de responsabilité dans le domaine du numérique, v. notamment Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit*., n° 760 et s. ; Terré F., Être ou ne pas être... responsable - À propos des prestataires de service par Internet JCP G., n°43, 2011.

1034 Baistrocchi P., Liability of Intermediary service providers in the EU directive on electronic commerce, Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 19, issue 1, 2003, p. 113.

1035 Sur ce point v. notamment Belli L., Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit*., p. 131 et s et 241 et s. ; Belli L., Sappa C., The intermediary conundrum. Cyber-regulators, cyber-police or both ? préc., n°26 ; Dubuisson F., Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression, *in* Internet et le droit international, Acte du colloque de Rouen de la SFDI, Pedone, 2014, p. 133. Montero E., Van Enis Q., Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle, RLDI n°61, 2010.

Internet[1036] : une responsabilité objective tendra à définir un réseau fermé, dans lequel les usages risquent d'être contrôlés et réprimés en amont, à l'initiative des prestataires intermédiaires. Une responsabilité limitée, dont le fait générateur n'est pas l'activité même de l'opérateur tendra, à l'inverse, à favoriser un réseau ouvert, propice à la libre circulation de l'information.

527. Tout comme le régime de responsabilité des prestataires intermédiaires est destiné à structurer la circulation de l'information au sein du marché unique, le régime de responsabilité du fournisseur d'hyperliens n'est pas sans conséquence sur la liberté de lier et, à travers elle, sur l'accès à l'information. Une responsabilité objective risquerait d'inciter les fournisseurs de liens à limiter leur activité, de peur d'avoir à répondre de l'éventuelle illicéité du contenu lié. Un régime de responsabilité limitée aurait l'effet opposé. Dans un autre contexte, la Cour de justice a exactement pointé cet aspect lorsque, dans l'arrêt *GS Media*, elle rappelle que :

> « *le fait de qualifier automatiquement tout placement de tels liens vers des œuvres publiées sur d'autres sites Internet de « communication au public », dès lors que les titulaires du droit d'auteur de ces œuvres n'ont pas autorisé cette publication sur Internet, aurait des conséquences fortement restrictives pour la liberté d'expression et d'information* »[1037].

528. L'importance du degré de responsabilité est particulièrement criante s'agissant des moteurs de recherche ou des médias sociaux en ce qui concerne la fourniture de liens. Il est évident que, si ces intermédiaires étaient soumis à une responsabilité objective du fait de l'illicéité des contenus liés, ils seraient incités à effectuer un contrôle généralisé de crainte de voir leur responsabilité engagée[1038]. La quantité de données traitées rendrait indispensable un filtrage préventif des liens au regard du risque encouru[1039]. Sous l'effet d'une responsabilité objective, ces intermédiaires seraient donc amenés à limiter leur création de liens restreignant, de ce fait, la fourniture d'hyperliens ainsi que la capacité des utilisateurs finaux à accéder à l'information en ligne. La liberté de lier s'en trouverait donc mise à mal. À l'inverse, un

---

[1036] Tourette A., Responsabilité civile et neutralité de l'Internet. Essai de conciliation, 2015, Thèse, Montpellier, 525 p. n°40 et s.

[1037] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 44. V. également les conclusions de l'avocat général Wathelet dans la même affaire au point 78 : « *les internautes sont exposés aux risques de recours pour violation des droits d'auteur en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 chaque fois qu'ils placent un hyperlien vers des œuvres librement accessibles sur un autre site Internet, ils seraient beaucoup plus réticents à les y placer, et ce au détriment du bon fonctionnement et de l'architecture même d'Internet ainsi que du développement de la société de l'information* ».

[1038] Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 241.

[1039] *Ibid.*

système de responsabilité limitée serait plus favorable à la liberté de lier, tant sous l'angle de la liberté d'entreprendre que sous l'angle de la liberté d'expression.

Sans doute est-ce ce qui a poussé la CJUE à appliquer le régime de responsabilité des hébergeurs au moteur de recherche *Google* dans le cadre de système de liens sponsorisés *AdWords*.

§ 2. - Une extension mesurée du régime de responsabilité limitée des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens

529. L'affaire *Google AdWords*[1040] a permis à la CJUE de préciser le contenu de notion de prestataire intermédiaire, de manière à y intégrer les prestataires de liens commerciaux (A). Il résulte de cette jurisprudence que les conditions de qualification d'hébergeur au sens de l'article 14 de la directive 2000/31/CE sont particulièrement accueillantes. De la sorte, la qualification d'hébergeur a vocation à être étendue à d'autres fournisseurs de liens, répondant à la qualification de prestataire intermédiaire. Son origine jurisprudentielle rend toutefois la portée de cette extension incertaine (B).

A. Une extension fondée sur la décision AdWords de la CJUE en matière de liens commerciaux

530. La série d'arrêts *Google AdWords* du 23 mars 2010[1041] est le point de départ d'une application de la qualification d'hébergeur aux fournisseurs de liens. Dans cet arrêt la Cour de justice a en effet estimé qu'un fournisseur de liens commerciaux était un prestataire intermédiaire pouvant bénéficier de cette qualification (1). Cette solution repose sur l'interprétation du considérant 42 de la directive par la CJUE. Pour la Cour, un prestataire intermédiaire au sens de la directive 2000/31/CE est un intermédiaire neutre et passif à l'égard des données stockées, ce à quoi peut prétendre un fournisseur de liens commerciaux (2).

1° Le fournisseur de liens commerciaux, un prestataire intermédiaire pouvant bénéficier de la qualification d'hébergeur

531. Dans l'affaire *Google Adwords*, la CJUE a été saisie d'une demande de question préjudicielle par la Cour de cassation française. La Cour de justice devait déterminer les responsabilités des différents acteurs concourant à la création d'un lien sponsorisé. Pour rappel, un service de fourniture de lien

---

1040 CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, p. I-02417.

1041 *Ibid.*

sponsorisé offre la possibilité à des annonceurs de réserver des mots clés auprès d'un moteur de recherche selon un système d'enchères. Lorsqu'un utilisateur du moteur de recherche effectuera une requête correspondant à ce mot clé, le moteur déclenchera l'apparition d'un lien publicitaire en sus des résultats naturels. Un problème survient cependant lorsque le mot clé réservé correspond à une marque protégée, dont l'usage non autorisé peut constituer une contrefaçon. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a posé trois questions à la CJUE. En substance, les deux premières concernaient le point de savoir si la réservation d'un mot clé correspondant à une marque protégée constituait un usage contrefaisant de ladite marque par l'annonceur et par le moteur de recherche. Cet aspect de l'arrêt a déjà été étudié au début de cette thèse[1042] et il ne relève pas de questions relatives à la responsabilité du fait d'un contenu tiers. En revanche, tel n'est pas le cas de la dernière question préjudicielle qui portait sur le point de savoir si :

> « *l'article 14 de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens qu'un service de référencement sur Internet constitue un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par l'annonceur, de sorte que ces données fassent l'objet d'un « hébergement » au sens de cet article et que, partant, la responsabilité du prestataire du service de référencement ne peut être recherchée avant qu'il n'ait été informé du comportement illicite dudit annonceur* »[1043].

532. Il s'agissait donc pour la CJUE de déterminer si un moteur de recherche pouvait, pour son activité de référencement payant, recevoir la qualification d'hébergeur et, ainsi, bénéficier du régime de responsabilité prévu pour ces derniers par la directive sur le commerce électronique. Afin de répondre à cette question, la CJUE va procéder en deux temps. Le premier temps de l'analyse concernait l'adéquation entre le service de fourniture de liens commerciaux et la définition de l'hébergement posée par l'article 14 § 1 de la directive 2001/31/CE[1044]. Le second temps de l'analyse portait, quant à lui, sur le point de savoir si le service en cause correspondait à la notion de « prestataire intermédiaire » conformément à l'intitulé de la section 4 de la directive[1045]. S'agissant de la première condition, la Cour estime que, conformément à l'article 14 § 1 précité, un fournisseur de liens commerciaux répond bien à la qualification d'hébergeur. En effet, la fourniture de liens commerciaux relève, de par ses caractéristiques, de la catégorie « des services de la société de l'information » au sens du droit de l'Union[1046]. Selon la Cour, ce type de service s'accorde en outre parfaitement avec la définition de l'hébergement, qui consiste « *à stocker des*

[1042] V. *supra*, n°109 et s.
[1043] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 106.
[1044] *Ibid*., point 109.
[1045] *Ibid*., point 112.
[1046] *Ibid*., point 110.

informations fournies par un destinataire du service »[1047]. La Cour indique à cet égard que le service en cause « *transmet des informations du destinataire dudit service, à savoir l'annonceur, sur un réseau de communication ouvert aux internautes et stocke* [...] *certaines données, telles que les mots clés sélectionnés par l'annonceur, le lien promotionnel* [...] ».

533. La seconde condition posée par la Cour lui imposait de déterminer si l'hébergeur agissait effectivement en tant que « prestataire intermédiaire ». Selon la CJUE, l'esprit de la directive 2000/31/CE l'obligeait en effet à vérifier la qualité de prestataire intermédiaire du service en cause puisque les limitations de responsabilité ont été instaurées pour préserver cette fonction. Qu'est-ce qu'alors un « prestataire intermédiaire » ? Pour la CJUE, la définition de cette notion est à découvrir dans le considérant 42 de la directive 2000/31/CE. Il s'agit de « *l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information* » qui « *revêt un caractère « purement technique, automatique et passif », impliquant que ledit prestataire « n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées »* »[1048]. De cette prémisse, la CJUE déduit que :

> « *afin de vérifier si la responsabilité du prestataire du service de référencement pourrait être limitée au titre de l'article 14 de la directive 2000/31, il convient d'examiner si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke* »[1049].

534. Elle en conclut que le régime de responsabilité de l'article 14 de la directive 2000/31/CE peut s'appliquer à un fournisseur de liens commerciaux, dès lors que le rôle de ce dernier est neutre eu égard aux données qu'il stocke, neutralité qu'il revient aux juridictions nationales de vérifier[1050]. Le point crucial de cet arrêt est évidemment la notion de « prestataire intermédiaire neutre », sur laquelle repose *in fine* l'application du régime de responsabilité limitée. La portée de l'extension du régime de responsabilité limitée aux fournisseurs de liens en sera donc dépendante.

[1047] *Ibid*., point 111.

[1048] *Ibid*., point 113.

[1049] *Ibid*., point 114.

[1050] *Ibid*., point 120. Certains auteurs estiment cependant qu'un prestataire de référencement payant ne pourrait jamais satisfaire la condition de neutralité. Selon eux, ces prestataires exerceraient un véritable pouvoir éditorial sur le contenu des annonceurs. Ce pouvoir éditorial se déduirait du fonctionnement et des conditions d'utilisation du service de ces prestataires. V. notamment Ricbourg E, La responsabilité civile des acteurs de l'Internet, 2014, Larcier, coll. Création, Information, Communication, 444 p., n°273. : V. également Grynbaum L., Google Adwords : l'hébergeur, un prestataire nécessairement passif, RLDI, n°60, 2010.

En conséuence, il convient d'en délimiter plus précisément le contour, afin d'évaluer dans quelle mesure les fournisseurs de liens *lato sensu* pourraient s'y conformer.

2° Le contour de la notion de prestataire intermédiaire neutre au regard de la jurisprudence de la CJUE

535. La Cour de justice l'a établi dans l'arrêt *Google AdWords*, puis confirmé[1051] dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay*[1052] : un prestataire intermédiaire est un prestataire neutre et passif. Plus précisément, il ressort des arrêts précités qu'un intermédiaire neutre est un intermédiaire dont le comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke[1053]. Et la Cour de préciser que le prestataire neutre est également celui qui « *n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* »[1054]. Il reste qu'à la seule lecture des arrêts *Google AdWords* ou *L'Oréal c. eBay,* la notion de prestataire intermédiaire neutre, même envisagée à l'aune du rôle passif, reste assez obscure et incertaine[1055]. Afin de déterminer dans quelle mesure cette notion est susceptible de s'appliquer aux fournisseurs de liens, il convient donc d'en analyser la logique et les éléments. De plus il s'agira de revenir sur la raison d'être de ce critère nécessaire à la qualification de prestataire intermédiaire afin d'en comprendre l'importance au regard du droit de l'UE.

536. Les éléments de la définition du prestataire intermédiaire neutre donnés par la CJUE dans les affaires *Google AdWords* et *L'Oréal c. eBay* ont déjà été évoqués : l'intermédiaire neutre est celui qui n'a pas joué de rôle actif de nature à lui confier la connaissance ou le contrôle des données stockées. On remarque que cette définition est construite en deux temps[1056]. Dans un premier temps l'activité du prestataire doit revêtir un caractère « *purement technique, automatique et passif* »[1057] qui, dans un

---

[1051] Et ce, malgré les conclusions de l'avocat général Jääskinen. Ce dernier estimait que le considérant 42 de la directive, sur la base duquel la CJUE a fondé ses solutions dans les arrêts précités, ne concernait pas l'activité d'hébergement. Il est vrai que la lettre de ce considérant semble plutôt faire référence à l'activité de « simple transport » et de « fourniture de cache ». *Contra*. Hardouin R., Du copulatif au passif, ou comment la conjonction « *et* » ajoute une condition pour jouir du régime de l'hébergeur, RLDI n°61, 2010.

[1052] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, p. I-06011, point 124.

[1053] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 114.

[1054] *Ibid*., point 120 ; v. également, [1054] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay,* préc., point 123.

[1055] En ce sens, Castets-Renard, Système *Adwords* : *Google* n'est ni contrefacteur, ni complice d'acte de contrefaçon, RLDI n°61, 2016 ; Thoumyre L., Impact de l'arrêt *Google Adwords* de la CJUE sur la responsabilité des services 2.0, Juriscom.net, 2010, Dernier accès le 01/03/2019à : http://juriscom.net/2010/03/impact-de-larret-google-adwords-de-la-cjue-sur-la-responsabilite-des-services-2-0/ .

[1056] En ce sens Vivant M., Lamy droit du numérique, étude 2317, La redécouverte de la neutralité.

[1057] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., points 113 et 114.

deuxième temps, implique qu'il « *n'a pas la connaissance ni le contrôle* »[1058] des informations transmises ou stockées. La Cour explique donc que le fait pour un prestataire d'avoir un comportement purement technique, automatique et passif emporte la conséquence que ce dernier n'a pas la connaissance ou le contrôle des données qu'il transmet ou qu'il stocke.

537. Cette idée, énoncée au considérant 42 de la directive 2000/31/CE, est parfaitement en adéquation avec la *ratio legis* des limitations de responsabilité prévues par la directive précitée. L'intermédiaire qui concourt au fonctionnement du réseau Internet ne peut voir sa responsabilité engagée en raison du contenu auquel il permet l'accès mais dont il n'a pas effectivement la maîtrise intellectuelle (« la connaissance » ou « le contrôle »). Le caractère technique, automatique et passif de l'activité de l'intermédiaire permet d'attester de cette absence de maitrise. La notion de « neutralité » employée par la Cour a alors « valeur de synthèse » de cette idée[1059]. À l'inverse, lorsque le prestataire a joué un rôle actif sur le contenu, ce dernier est de nature à lui confier la connaissance ou le contrôle des données qu'il véhicule. L'arrêt *L'Oréal c. eBay* est parfaitement explicite sur ce point : un rôle actif équivaut à la connaissance ou au contrôle des données, en atteste cet extrait de l'arrêt précité : « *Il n'en va pas ainsi lorsque le prestataire du service, au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données* »[1060]. En somme, dès lors que le prestataire est en position d'avoir la maîtrise intellectuelle des données, il est justifié de faire tomber la limitation de responsabilité.

538. Il reste alors à identifier ce qui dans le comportement d'un intermédiaire peut caractériser sa passivité à l'endroit des données dont il a la charge ou, ce qui revient au même, son rôle actif. À cet égard, les circonstances et le raisonnement de la CJUE dans les arrêts *Google AdWords* et *L'Oréal c. eBay* sont riches d'enseignement. Au point 115 de l'arrêt *Google AdWords*, la Cour relève ainsi que :

> « *S'agissant du service de référencement en cause dans les affaires au principal, il ressort du dossier et de la description figurant aux points 23 et suivants du présent arrêt que Google procède, à l'aide des logiciels qu'elle a développés, à un traitement des données introduites par des annonceurs et qu'il en résulte un affichage des annonces sous des conditions dont Google a la maîtrise. Ainsi, Google*

1058 *Ibid.*

1059 Rappr. Vivant M., Lamy droit du numérique, étude 231, La redécouverte de la neutralité.

1060 CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay,* préc., point 113.

détermine l'ordre d'affichage en fonction, notamment, de la rémunération payée par les annonceurs »[1061].

539. Tout en insistant sur le mode de fonctionnement, la CJUE n'écarte pas que le prestataire de référencement puisse être neutre. Il faut déduire que le classement et le choix des conditions de présentation des liens commerciaux ne sont pas de nature à exclure la passivité du fournisseur de service de référencement, quand bien même ce dernier aurait la maitrise de ces opérations. La chose est évidemment importante en ce qui nous concerne, puisqu'une grande partie des fournisseurs de liens ont précisément une activité consistant à classer, à ordonnancer des hyperliens.

540. *A contrario*, au point 118 de l'arrêt la CJUE relève que, pour caractériser le rôle actif : *« Est en revanche pertinent, [...] le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés »*[1062]. Il faut comprendre que le rôle actif peut être caractérisé à chaque fois que le prestataire influe sur la substance du contenu qu'il véhicule, lorsqu'il intervient directement sur le contenu. Telle nous semble être la position de la Cour lorsqu'elle évoque l'implication de *Google* dans la rédaction du message commercial ou dans le choix des mots clés. Cet aspect sera précisé dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay*. La Cour y estime que dès lors que l'exploitant d'une place de marché en ligne *« a prêté une assistance, laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres »*, il a joué un rôle actif[1063]. L'optimisation des offres dont il est ici question, et qui caractérise le rôle actif, renvoie à l'optimisation susceptible d'avoir un effet direct sur le contenu des données stockées. La Cour ne vise donc pas, par ce terme, l'ordonnancement global des données mais bien l'assistance qui pourrait être fournie à chacune des offres à la vente[1064].

541. Enfin, négativement, certains éléments sont indifférents au regard de la condition de neutralité. Ainsi, selon la CJUE, il importe peu que le service soit payant, que le prestataire définisse les modalités d'exécution du service ou qu'il fournisse des renseignements d'ordre général sur son fonctionnement[1065].

[1061] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 115.

[1062] *Ibid*., point 118.

[1063] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay,* préc., point 116.

[1064] En ce sens, Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?, *op. cit*., p. 73.

[1065] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 116 ; CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay,* préc. 115.

542. Les contours de la notion de prestataire intermédiaire étant désormais définis, il convient de rechercher dans quelle mesure les fournisseurs de liens sont susceptibles de recevoir cette qualification et, ainsi, de bénéficier de l'un des régimes de responsabilité prévus par la directive 2000/31/CE. Par souci de cohérence, nous nous intéressons plus spécialement au statut de l'hébergeur, qui fut celui recherché par le prestataire de référencement dans l'arrêt *Google AdWords*.

B. Une extension de portée relative à l'égard des prestataires intermédiaires fournissant des hyperliens

543. Dès lors que l'on cherche à déterminer si les fournisseurs de liens peuvent prétendre à la qualification de prestataire intermédiaire, il y a lieu de distinguer entre plusieurs hypothèses. En effet, la manière dont les liens sont fournis a vocation à influencer l'analyse. Dans cette optique, on relèvera en premier lieu que les liens fournis en dehors de tout processus automatique ne sauraient en aucune manière bénéficier de l'un des régimes de responsabilité de la directive 2000/31/CE (1). *A contrario*, et en second lieu, les prestataires distribuant des liens fournis par leurs utilisateurs, tels les médias sociaux, peuvent prétendre au régime de responsabilité limitée des hébergeurs pour cette activité (2). Enfin, il nous faudra évaluer si les moteurs de recherche peuvent également profiter de ce régime, pour ce qui concerne les liens présents dans les résultats organiques. La solution, dans cette dernière hypothèse est plus incertaine en raison de la définition de l'activité d'hébergement (3).

1° L'exclusion du lien créé en dehors de tout processus automatique et technique

544. Les liens créés en dehors d'un processus technique et automatique sont nécessairement exclus du champ d'application *ratione personnae* du régime de responsabilité limitée de la directive 2000/31/CE. De fait, à défaut de présenter un caractère technique et automatique, l'activité en cause ne peut être qualifiée de neutre. La CJUE l'a clairement affirmé le « *prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif* [...] »[1066]. Or, conformément à la jurisprudence *Google AdWords*, un prestataire de service non neutre ne peut pas être qualifié de prestataire intermédiaire. La CJUE l'a explicitement affirmé dans l'arrêt *Papassavas*[1067]. Elle a considéré que : « *dès lors qu'une société éditeur de presse qui publie sur son site Internet la version électronique d'un journal a, en principe,*

[1066] CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 114.
[1067] CJUE 11 septembre 2014, aff. C-291/13, *Papasavvas*, Rec. général, point 28.

connaissance des informations qu'elle publie et exerce un contrôle sur celles-ci, elle ne saurait être considérée comme un « prestataire intermédiaire » »[1068]. D'où l'indispensabilité du caractère technique et automatique de l'activité du fournisseur de liens qui prétendrait au régime de responsabilité des intermédiaires techniques. Cela signifie que l'ensemble des liens dont la création a nécessité une intervention humaine directe ne peuvent en aucun cas bénéficier du régime de responsabilité qui échoit aux prestataires intermédiaires.

545. Au concret, cette exclusion recouvre une grande variété de situations puisque la création manuelle de lien est le moyen le plus élémentaire de créer des liens. À titre d'illustration, on peut mentionner les liens créés par les utilisateurs de médias sociaux, comme *Twitter* ou *Facebook*, ainsi que les liens présents sur la majorité des sites web.

546. Cette exclusion ne signifie pas que ces liens seraient par nature exclus de tout régime de responsabilité limitée au sein de l'Union européenne. La section 4 de la directive 2000/31/CE envisage seulement de manière minimale les conditions sous lesquelles un prestataire ne peut voir sa responsabilité engagée[1069]. Les États membres sont donc libres de prévoir des limitations de responsabilité pour d'autres catégories d'acteurs, dont les fournisseurs de liens[1070]. Simplement, au plan conceptuel, les liens créés en dehors d'un processus technique et automatique sont exclus de l'harmonisation européenne des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des prestataires intermédiaires.

2° Une extension couvrant les plateformes fournissant des liens posés par leurs utilisateurs

547. L'extension du régime de responsabilité des hébergeurs aux plateformes fournissant des liens posés par leurs utilisateurs apparaît cohérente au regard du droit positif (a). Cette extension soulève cependant certaines difficultés. Elle est d'abord contestée puisqu'elle ne correspondrait pas à la notion d'hébergement *stricto sensu* (b). Elle doit ensuite être articulée avec le régime des plateformes en droit d'auteur à la suite de l'arrêt *Ziggo* de la CJUE (c).

[1068] *Ibid*., point 45.

[1069] Crabit E., La directive sur le commerce électronique, Revue du Droit de l'Union Européenne, n°4, 2000, p. 812, cité par Stalla-Bourdillon S., Responsabilité civile et stratégie de régulation : essai sur la responsabilité civile des prestataires intermédiaires de service en ligne, *op. cit*.

[1070] *Ibid*.

a) Une extension cohérente au regard droit positif

548. Les prestataires distribuant des liens fournis par leurs utilisateurs sont des acteurs centraux de la fourniture de liens. Ces prestataires fournissent et gèrent une interface par le biais duquel les internautes peuvent, entre autre, publier des liens vers des contenus tiers. Ces services, qui relèvent du paradigme du web 2.0[1071], sont désormais au cœur des usages de l'Internet : il s'agit des médias sociaux, comme *Twitter* ou *Facebook*, sur lesquels les liens vers des contenus tiers tiennent un rôle central. Sont également concernés les agrégateurs de contenus alimentés par les utilisateurs, comme les *Digg-like* ou les plateformes de partage de contenus contrefaisants comme *Pirate Bay*. Dans cette dernière hypothèse, l'hyperlien est en effet consubstantiel du fonctionnement du service. Le *Digg-like*[1072], par exemple, est un outil social permettant aux internautes de partager et de promouvoir des pages web avec d'autres utilisateurs du service[1073]. L'hyperlien est l'outil qui permet ce partage[1074].

549. La question se pose alors de savoir si ces prestataires peuvent prétendre jouir du régime de responsabilité limitée des prestataires intermédiaires pour les contenus vers lesquels les liens posés par leurs utilisateurs renvoient. Pour ce faire, nous adopterons la méthode employée par la CJUE dans l'arrêt *Google AdWords*, qui doit guider l'opération de qualification[1075]. Cette méthode se déploie en deux temps : en premier lieu, le service en cause doit être un hébergeur au sens de l'article 14 de la directive 2000/31/CE. Il doit donc s'agir d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire de service. À cet égard, il n'est pas contestable que les prestataires mettant à disposition des liens fournis par leurs utilisateurs sont des services de la société de l'information au sens de la directive précitée[1076] puisqu'ils sont nécessairement prestés à distance, au moyen d'équipements électroniques et

---

1071 L'expression « Web 2.0 », si elle est couramment employée par les juristes pour désigner un état du web qui perturbe certains principes juridiques, ne fait l'objet d'aucune définition précise. Elle désigne cependant généralement une phase du web dans laquelle la fourniture de contenus n'est plus seulement le privilège de professionnels (web 1. 0), mais dans laquelle les internautes ont la possibilité de publier leurs propres contenus et d'interagir avec ce dernier grâce à certaines plateformes en ligne. V. notamment, Montero E., Les responsabilités liées au web 2.0, R.T.D.I, n°32, 2008, p. 363, spéc., p. 365 ; Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, 2ème éd., 2012, L.G.D.J, coll. Cours., 490 p., n°852.

1072 Le terme *Digg-like* provient du nom du premier site à avoir proposer un tel service : *Digg.com*.

1073 Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, *op. cit.*, n°815.

1074 Saint-Martin A., Le gestionnaire d'un « Digg-like » est hébergeur et éditeur d'un site internet (responsabilité et web 2.0), RLDI, n°45, 2009.

1075 Rappr. Hardouin R., Du copulatif au passif, ou comment la conjonction « *et* » ajoute une condition pour jouir du régime de l'hébergeur, RLDI, n°61, 2010.

1076 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n° L178 du 17/07/2000, considérant 17 : *« La définition des services de la société de l'information existe déjà en droit communautaire.[...] Cette définition couvre tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services ».*

sur demande individuelle et, normalement, contre rémunération. Cette dernière condition peut être remplie même si la rémunération ne provient pas de l'utilisateur final mais de revenus publicitaires, en vertu du considérant 18 de la directive 2000/31/CE[1077]. Le fait que la majorité des plateformes fournissant des liens posés par leurs utilisateurs prestent leur service à titre gratuit ne remet donc pas en cause la qualification de prestataire de service, dans la mesure où elles tirent profit de leur activité grâce à l'affichage de publicités.

550. Ensuite, il ne fait pas non plus de doute que ces prestataires mènent une activité d'hébergement. Les prestataires ici étudiés transmettent en effectivement, les liens posés par les destinataires de service, à savoir leurs utilisateurs, sur un réseau de communication électronique et stockent ces hyperliens sur ces serveurs[1078]. On relèvera d'ailleurs que la CJUE a, dans l'arrêt *Scarlet c. Netlog*, estimé qu'un réseau social était naturellement un hébergeur au sens de l'article 14 de la directive 2000/31/CE[1079].

551. En second lieu, il faut, selon la CJUE, que le prestataire soit un prestataire intermédiaire, c'est-à-dire prestataire neutre. On relèvera à cet égard que la Cour a, dans le second arrêt *SABAM*, considéré qu'un réseau social pouvait bénéficier du régime de responsabilité de l'article 14 de la directive 2000/31/CE[1080]. En conséquence il faut en inférer qu'un tel service peut être un prestataire neutre au sens où son activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif. Par identité de motif, il faut considérer que les agrégateurs de contenu hébergeant des liens fournis par leurs utilisateurs peuvent également être qualifiés de prestataires neutres[1081].

552. Est-ce à dire que cela doit nécessairement être le cas ? Nous ne le pensons évidemment pas. Pour que la neutralité du prestataire soit attestée, encore faut-il que celui-ci ait un comportement purement technique, automatique et passif. Si le caractère technique et automatique de l'activité doit ici être admis, il n'en va pas de même, nous semble-t-il du comportement passif. Nous avons expliqué que, en vertu de la jurisprudence de la CJUE, un comportement actif est caractérisé à partir du moment où le prestataire exerce un contrôle direct sur les contenus stockés, lorsqu'il intervient directement sur celui-ci. La chose n'est évidemment pas à exclure s'agissant de certains prestataires distribuant les liens fournis par leurs utilisateurs. Tel nous semble être le cas des prestataires dont l'activité est spécifiquement et délibérément dirigée vers la diffusion de l'illicite. Il peut effectivement être soutenu que, en se spécialisant dans la mise

---

[1077] CJUE 11 septembre 2014, aff. C-291/13, *Papasavvas*, Rec. général, point 28.
[1078] Comp, CJUE 23 mars 2010, *Google AdWords*, préc., point 111.
[1079] CJUE 6 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM*, Rec. général, point 27.
[1080] *Ibid*.
[1081] En ce sens, Ricbourg E., La responsabilité civile des acteurs de l'Internet, *op. cit.*, n°279.

à disposition de liens vers des contenus illicites, ces plateformes déterminent elles-mêmes et directement la nature des contenus liés. De la sorte, elles seraient amenées à jouer un rôle actif de nature à leur confier la connaissance ou le contrôle des liens stockés. Et l'on retrouve ici l'affaire *Ziggo*[1082], qui concernait la plateforme *Pirate Bay*, et qui aurait sans doute dû être traitée sous cet angle et non en ayant recours au droit d'auteur[1083].

553. L'extension du champ d'application *rationae personae* de l'article 14 de la directive 2000/31/CE aux prestataires fournissant des liens posés par leurs utilisateurs est incontestable en droit positif, notamment en rapport avec l'arrêt *SABAM*. Pourtant, d'aucuns en contestent le bien fondé au regard de la notion d'hébergement.

b) Une extension contestée au regard de la notion d'hébergement

554. La critique ne concerne pas directement l'activité de fourniture de liens mais l'intègre nécessairement. En effet, une part importante de la doctrine conteste l'extension de la notion d'hébergeur à l'ensemble des plateformes du web 2.0, dont font partie les fournisseurs de liens ici évoqués. Cette extension est effectivement qualifiée de dévoiement de la notion d'hébergement de la directive 2000/31/CE[1084]. En substance, la critique porte sur le fait que, la qualification d'hébergeur n'a été conçue dans la directive que pour couvrir le stockage de données strictement technique et matériel. Elle ne devrait donc pas couvrir les activités du web 2. 0 qui, en sus d'un service de stockage, fournissent également une interface d'utilisation de ces données.

555. Il est vrai que le législateur européen avait uniquement à l'esprit la location d'un espace de stockage lorsqu'a été adopté l'article 14 de la directive 2000/31/CE. Au début des années 2000, les services du web 2.0 n'en étaient encore qu'à leurs premiers balbutiements. Néanmoins, nous pensons que l'extension de la qualification d'hébergeur initiée et entérinée par la CJUE est justifiée. On relèvera tout d'abord la critique de l'extension repose sur une interprétation étroite et partielle de l'article 14 de la directive 2000/31/CE : seule une interprétation historique[1085] permet d'enfermer la notion d'hébergeur dans une définition strictement matérielle et technique de l'activité d'hébergement. Nous estimons que la

---

[1082] CJUE 14 juin 2017, *Ziggo*, C-610/15, Rec. général.

[1083] V. *supra*, n°260 et s.

[1084] V. notamment, Ricbourg E, La responsabilité civile des acteurs de l'Internet, *op. cit.*, n°236 ; Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, 2014, Dalloz, coll. Précis, 1040 p., n° 1270 ; Grynbaum L., Dailymotion et Google Vidéo : des « hébergeurs » responsables, RLDI n°70, 2011.

[1085] Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015 Larcier, 711 p, n°897.

lettre de l'article 14 définit l'activité d'hébergement de manière suffisamment large pour ne pas la cantonner dans une vision uniquement matérialiste[1086]. Par ailleurs, on relèvera que la *ratio legis* de cet article en particulier n'est nulle part explicitée dans le texte de la directive. Au contraire, l'analyse systémique des dispositions de la directive concernant les limitations de responsabilité tendrait plutôt à autoriser une lecture extensive de la notion d'hébergeur. Les considérants 40 et 42 semblent effectivement refléter que l'intention du législateur était de limiter la responsabilité des prestataires intermédiaires, c'est-à-dire des prestataires neutres au sens du considérant 42. Dès lors, nous pensons que la CJUE était fondée à retenir une conception extensive de la notion d'hébergeur, cette dernière ayant vocation à s'accommoder d'évolutions mesurées, dans le respect du principe de neutralité. Cette évolution est certes éloignée de « *l'idée que l'on pouvait se faire du statut de l'hébergeur au lendemain de l'adoption de la directive de 2000. C'est toutefois bien là le rôle de la jurisprudence que de permettre de faire évoluer les concepts juridiques pour les faire coller aux réalités techniques et culturelles* »[1087].

c) Une extension devant être articulée avec le régime des plateformes en droit d'auteur

556. Enfin, il y a lieu d'effectuer quelques observations sur l'articulation entre la qualification de prestataire intermédiaire, à laquelle appartiennent les plateformes distribuant les liens de leurs utilisateurs, et le statut du lien en droit d'auteur. Des arrêts *GS Media*[1088] et puis *Ziggo*[1089], la CJUE a en effet établi que les plateformes en ligne pouvaient être tenues pour responsables d'un acte de contrefaçon pour avoir permis l'accès à une publication illicitement mise en ligne par leurs utilisateurs, dans la mesure où elles avaient ou auraient dû avoir connaissance de cette illicéité. L'élément de connaissance étant également sous-jacent à la qualification de prestataire intermédiaire, il apparaît que ces deux régimes sont étroitement liés quant à leurs conditions d'application. À cet égard, il nous semble que la caractérisation de la connaissance de l'illicéité en droit d'auteur a vocation à s'aligner sur le principe posé au considérant 42 de la directive 2000/31/CE. Le considérant 16 de la directive « *InfoSoc* » sur le droit d'auteur semble effectivement aller en ce sens[1090]. Selon ce dernier, il est vrai que la directive précitée est sans préjudice des dispositions relatives à la responsabilité figurant dans la directive 2000/31/CE sur le commerce

---

1086 Interprétation historique en ce sens qu'elle s'attache à déterminer l'intention originelle du législateur. Sur laquelle, v. Bergel J-L., Méthodologie juridique, 3ème éd. 2018, P.U.F, coll. Thémis, 469 p, n°169.

1087 Boizard M., Détermination de la qualité d'hébergeur : voyage en eaux troubles, RLDI, n°101, 2013.

1088 CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général.

1089 CJUE 14 juin 2017, C-610/15, *Ziggo*, Rec. général.

1090 Directive n° 2001/29/CE, du Parlement 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, JOCE n° L 167 du 22/06/2001, p. 10.

électronique. Il faut alors estimer qu'une plateforme ne peut pas être contrefactrice pour des liens illicites posés par ses utilisateurs dès lors que son activité revêt un caractère technique, automatique et passif. Sous ces conditions elle est réputée ne pas avoir la connaissance où le contrôle des données qu'elle véhicule en vertu du considérant 42 de la directive 2000/31/CE.

557. On relèvera toutefois que, alors qu'elle y était invitée implicitement par l'Avocat général Szpunar dans l'affaire *Ziggo*[1091], la Cour ne s'est pas prononcée sur les relations entre le droit de communication au public et le régime de responsabilité des prestataires intermédiaires. La nature exacte des relations entre ces deux régimes reste donc dans l'attente d'une confirmation en droit positif.

3° Une extension précaire s'agissant des moteurs de recherche

558. Les moteurs de recherche peuvent-ils également bénéficier du régime des prestataires intermédiaires au même titre que les prestataires fournissant les liens posés par leurs utilisateurs ? Si la réponse semble devoir être positive à certains égards, elle demeure néanmoins incertaine. La position de la Commission européenne dans ses différentes communications, ainsi que certaines décisions au sein des juridictions nationales, vont dans le sens de l'application de la qualification d'hébergeur aux moteurs de recherche (b). Dans le même temps, la lettre de la directive semble leur dénier cette possibilité (a).

a) Une extension s'écartant de la lettre de la directive

559. Le texte de la directive parait indiquer que les moteurs de recherche ne sont pas couverts par les dérogations de responsabilité prévues à la section 4 de cette directive. Cette indication est à trouver dans l'article 21 de la directive 2000/31/CE. Le § 2 de cet article énonce de fait que des propositions ultérieures visant l'adaptation de la responsabilité des moteurs de recherche pourront être faites. Il faut donc en déduire que le législateur européen, au moment de l'adoption de la directive, considérait les moteurs de recherche comme une catégorie particulière de services, qu'il n'a pas entendu soumettre à un régime de responsabilité spécifique[1092]. Toutefois, il n'est sans doute pas suffisant de s'arrêter à cette exclusion implicite. L'évolution de la notion de prestataire intermédiaire et l'interprétation dynamique qu'en fait la CJUE doit nous amener à déterminer si les moteurs de recherche ne pourraient pas désormais relever de

[1091] CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar, 8 février 2017, point 67 et s.

[1092] En ce sens, CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google AdWords*, conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 22 sept. 2009, point ; Contra. Hardouin R., La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur Internet : l'effet des moteurs de recherche en matière de déréférencement, RLDI, n°96, 2013.

l'une des activités bénéficiant de limitation de responsabilité au regard de la section 4 de la directive 2000/31/CE[1093].

560. Dans cette optique, certains moteurs de recherche revendiquent la qualification de fournisseurs d'accès, en ce sens qu'ils offriraient un moyen personnalisé et sophistiqué d'accès à des sites web[1094]. De ce fait, ils s'inscriraient dans le champ *rationae personae* de l'article 12 de la directive 2000/31/CE concernant l'activité de « simple transport ». Cette thèse a également été défendue en doctrine du fait que les moteurs de recherche proposeraient un accès à des services de la société de l'information[1095]. L'intitulé de l'article 12, le « simple transport », ainsi que la définition des activités couvertes par cet article, interdisent cependant d'assimiler un moteur de recherche à un simple transporteur. Cet intitulé nous renseigne, par le fait, sur la *ratio legis* de cette disposition et ainsi sur sa portée : elle n'a vocation à couvrir qu'uniquement la transmission sur un réseau de communication. Or un moteur de recherche ne se contente pas de transmettre, il *crawl* le web, indexe et présente des hyperliens[1096]. Il ne saurait donc relever de l'article 12 de la directive 2000/31/CE. Ainsi la définition des activités relevant du « simple transport » vient confirmer cette conclusion. Sont effectivement visées la transmission d'informations fournies par le destinataire de service et la fourniture d'un accès à un réseau de communication. Or un moteur de recherche ne transporte pas des données à proprement parler, il ne fait que renvoyer vers ces données. À ce titre, il ne fournit pas non plus un accès à un réseau de communication. Pour les mêmes raisons, et en dépit de conclusions contraires parfois portées par les juges nationaux[1097], l'activité des moteurs de recherche ne saurait relever du régime du « *caching* » de l'article 13 de la directive 2000/31/CE. L'activité décrite à cet article concerne effectivement le stockage temporaire ayant pour finalité de rendre plus efficace la transmission ultérieure sur un réseau, ce dont ne relève en aucun cas l'activité d'un moteur de recherche[1098].

561. Quant à la qualification d'hébergeur, un moteur de recherche ne devrait normalement pas pouvoir y prétendre pour les liens naturels. La définition de l'activité d'hébergement, telle que définie à l'article 14 de la directive 2000/31/CE, s'y oppose en effet. L'hébergement suppose une activité consistant à stocker

---

[1093] En ce sens, Hardouin R., La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur Internet : l'effet des moteurs de recherche en matière de déréférencement, préc.

[1094] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014, p. 64. : V. également Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 130.

[1095] Hardouin R., Lamy Droit des médias et de la communication, étude 472-85, La qualification de fournisseur d'accès à un service de communication au public en ligne.

[1096] En ce sens Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, Dalloz IP/IT, 2016, p. 177.

[1097] CA Paris, 26 janvier 2011, SAIF c. Google.

[1098] En ce sens, Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, préc.

des informations fournies par un destinataire de service. Or « *les liens sont générés par le moteur lui-même ; ils ne correspondent nullement à des données fournies par des destinataires de services* »[1099].

562. Afin de surmonter cette difficulté, un auteur a proposé de considérer que : « *la simple publication d'une page web est une demande d'indexation et que les éditeurs de site sont destinataires des services des moteurs de recherche* »[1100]. À l'appui de sa proposition, cet auteur relève que la Cour d'appel de Paris[1101] a qualifié Google Image d'hébergeur en relevant que ce service fournit « *des images trouvées sur des sites ayant permis leur indexation et qu'il est possible de les désindexer* »[1102]. L'idée est par conséquent de dire que, au regard des usages concourant au fonctionnement de l'Internet, le fait de placer un contenu sur Internet sans restriction d'accès équivaut à fournir au moteur de recherche des informations qu'il stocke et transmet par le biais d'hyperliens[1103]. Pour séduisante qu'elle soit, cette idée n'emporte pas la conviction : elle nous paraît forcer la lettre et l'esprit de l'article 14 et demeure de ce fait assez artificielle sur le plan du droit positif. En principe l'activité des moteurs de recherche ne relève donc d'aucune des catégories d'intermédiaires définies aux articles 12, 13 et 14 de la directive 2000/31/CE. Partant, ces acteurs ne devraient pas pouvoir prétendre à l'un des régimes de responsabilité limitée accordée par ces articles[1104].

Pourtant, la Commission européenne, ainsi que certains juridictions nationales, semblent favorables à cette possibilité.

b) Une extension admise par la Commission européenne et certaines juridictions nationales

563. Le droit de l'Union européenne paraît admettre que les moteurs de recherche puissent revendiquer le statut d'hébergeur. La position de la Commission européenne, dans ses communications les plus récentes, va en ce sens et ne laisse que peu de doute. Les moteurs de recherche y sont en effet systématiquement associés aux plateformes pouvant bénéficier du régime de responsabilité accordé aux

---

1099 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit.*, n°1018 ; V. également, Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, préc. ; Ricbourg E, La responsabilité civile des acteurs de l'Internet, *op. cit.*, n°271.

1100 Tourette A., Responsabilité civile et neutralité de l'Internet. Essai de conciliation, 2015, Thèse, Montpellier, 525 p., n°282.

1101 CA Paris, 26 janvier 2011, *SAIF c. Google.*

1102 Tourette A., Responsabilité civile et neutralité de l'Internet. Essai de conciliation, *op. cit.*, n°282.

1103 En ce sens v. également, CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, préc., point 144, ss note 72. L'avocat général Poiares Maduro estime que les sites référencés par les moteurs de recherche « *peuvent être considérés comme les destinataires d'un service (gratuit) fourni par Google, à savoir rendre les informations les concernant accessibles aux internautes, ce qui signifie que le moteur de recherche de Google pourrait relever de l'exonération de responsabilité prévue au titre de l'hébergement «caching» par l'article 13 de cette directive* ».

1104 Contra. Hardouin R., La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur Internet : l'effet des moteurs de recherche en matière de déréférencement, préc.

prestataires intermédiaires. Cette position était déjà perceptible dans la communication intitulée « *Pour un marché unique numérique en Europe* », qui annonçait les orientations politiques de la présente Commission européenne dans le domaine du numérique[1105]. Il ressort effectivement de ce document que les plateformes en ligne, au premier rang desquelles les moteurs de recherche, bénéficient du « *principe, consacré par la directive sur le commerce électronique, selon lequel les prestataires de services intermédiaires sur l'internet ne doivent pas être tenus pour responsables du contenu qu'ils transmettent, stockent ou hébergent tant qu'ils se cantonnent à un rôle strictement passif* [...] »[1106]. La communication transversale de la Commission européenne sur « *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique* » confirme que les moteurs de recherche font partie des plateformes assujetties au régime de responsabilité limitée établi dans la directive 2000/31/CE[1107]. De la même manière, dans sa communication intitulée « *Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrues des plateformes en ligne* », la Commission adopte une approche globale de la notion de prestataire intermédiaire qui inclut les moteurs de recherche[1108]. Ainsi, la Commission européenne semble admettre que les moteurs de recherche peuvent être qualifiés, de manière catégorielle[1109], de prestataires intermédiaires.

564. Sur la base de quels arguments cette position peut-elle être expliquée ? Les conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire *Google Spain* nous en offrent une synthèse[1110]. Pour l'avocat général, en dépit du fait que l'activité de moteurs de recherche n'aient pas été expressément réglementés en droit de l'Union, il conviendrait d'envisager leur responsabilité à l'aune des principes régissant la responsabilité limitée des prestataires intermédiaires, dans la mesure où l'activité des moteurs est analogue à celles énumérées aux articles 12 à 14 de la directive 2000/31/CE[1111]. À cet égard, l'avocat général indique que l'activité de base des moteurs de recherche correspond à la notion d'intermédiation telle qu'elle ressort de la directive 2000/31/CE puisque cette activité consiste à mettre en relation un utilisateur final et un fournisseur de contenu grâce à un hyperlien[1112]. Enfin, et surtout, il relève que les dérogations de responsabilité bénéficiant aux prestataires intermédiaires « *se fondent sur le principe juridique selon lequel les rapports automatisés, techniques et passifs à l'égard d'un contenu stocké ou transmis par voie*

1105 Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM 2015 (192) Final, 06/05/2015.
1106 *Ibid*., p. 13.
1107 Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016, p. 9.
1108 Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, COM (2017) 555 final, 28/09/2017, spéc., p. 2 et 5.
1109 Rappr. Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, préc.
1110 CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, Conclusion de l'avocat général Niilo Jääskinen, 25 juin 2013.
1111 *Ibid*., point 37 et 38.
1112 *Ibid*., point 84.

électronique n'instituent pas un contrôle ou une responsabilité sur celui-ci »[1113]. Or les moteurs de recherche, au regard de la nature de leur activité, sont susceptibles de satisfaire ce principe. La position de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Google AdWords* reposait sur la même logique. Ce dernier indiquait qu'il serait « *compatible avec la finalité de la directive 2000/31 que le moteur de recherche de Google soit couvert par une exonération de responsabilité* » et « *que l'objectif sous-jacent à la directive 2000/31 permettrait aussi d'appliquer par analogie l'exonération de responsabilité prévue aux articles 12 à 14* »[1114].

565. C'est donc en raison du principe de neutralité, sur le fondement duquel repose la responsabilité des prestataires intermédiaires, qu'il serait justifié d'assujettir les moteurs de recherche à un régime de responsabilité limitée[1115]. Au plan conceptuel, et compte tenu de la finalité du régime des prestataires intermédiaires, cette approche nous semble cohérente. En effet, il est certain que les moteurs de recherche constituent des « prestataires de service agissant en qualité d'intermédiaire » au sens du considérant 40 de la directive sur le commerce électronique. Qui plus est, il n'est généralement pas contesté que leur activité est susceptible de revêtir un caractère technique, automatique et passif, de nature à exclure le contrôle ou la connaissance des contenus qu'ils référencent[1116]. Le fait d'ordonnancer les liens figurant dans les résultats de recherche ne suffit pas, en soi, à remettre en cause le rôle passif d'un moteur de recherche dans la mesure où cet ordonnancement dépend de critères objectifs, qui ne marquent pas une préférence pour un contenu en particulier. *A contrario*, il faut déduire de la jurisprudence *Google AdWords* qu'une intervention du moteur de recherche visant à mettre en avant un ou des contenus spécifiques est de nature à caractériser un rôle actif à leur égard.

566. Cette approche permet de comprendre la position adoptée par certaines juridictions nationales[1117], notamment en France, concernant le régime de responsabilité applicable aux moteurs de recherche[1118]. Ainsi dans l'affaire *Aufeminin.com par* exemple, la Cour d'appel de Paris[1119], a considéré que le moteur

---

[1113] *Ibid*., point 87.

[1114] CJCE, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, préc., point 144, ss note 72.

[1115] Contra. Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, préc.

[1116] La doctrine semble, sur ce point, quasi unanime, V. notamment Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, *op. cit*., n°834, Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit*., n°1018, Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, *op. cit*., n°1299 ; Marino L., Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement, JCL Communication, Fasc. 670, 2015, n°40.

[1117] Pour une synthèse de ces décisions, v. Lucas-Schloetter A., Google face à la justice française et belge : nouvelle décision en matière de droit d'auteur, JIPITEC, n°2, 2011, p. 144 ; V. également, Marino L., Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement, JCl Communication, Fasc. 670, 2015, n° 40 et s.; Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014. n°177 et 184.

[1118] Rappr. Carré S. et Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur, *op. cit.* p. 130. spéc., ss note 35.

[1119] CA Paris, 4 avril 2011, *Google c. Auféminin*.

de recherche *Google* pouvait prétendre à la qualification d'hébergeur pour son service de recherche d'images, étant donné le caractère automatique et passif de son activité. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans cette même affaire, confirmera la position de la Cour d'appel sur ce point[1120]. De manière plus explicite encore, dans l'affaire *SAIF*, la Cour d'appel de Paris a admis la qualité d'hébergeur du moteur de recherche d'images au motif « *que le lien n'est* [...] *qu'un outil permettant à l'utilisateur d'accéder facilement à une image qui est à la disposition des internautes du fait du propriétaire du site cible ; qu'en fournissant ce moyen de consultation le prestataire de service est neutre ; qu'il n'excède donc pas dans son service de référencement les limites d'un prestataire intermédiaire* »[1121].

Conclusion de la section 1

567. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique n'a pas expressément rangé la fourniture de liens parmi les activités pouvant bénéficier des limitations de responsabilité prévues pour les prestataires intermédiaires. Pour autant, depuis que la CJUE a posé en principe, dans l'arrêt *Google AdWords*, que le prestataire intermédiaire est un prestataire neutre, certains fournisseurs de liens sont susceptibles de rentrer dans le champ d'application du régime de responsabilité limitée. La neutralité sera alors appréciée en considération du rôle purement, technique et passif du fournisseur de liens, impliquant qu'il n'a pas la connaissance ou le contrôle des données dont il a la charge. Sont concernés les fournisseurs de liens commerciaux conformément à l'arrêt Google Adwords, les plateformes fournissant des liens posés par les internautes, comme les médias sociaux et, enfin, les moteurs de recherche pour autant que leur activité soit neutre. Bien que ces derniers ne correspondent à aucune des catégories expressément visées par les dérogations de responsabilité, il apparaît que leur activité est susceptible de satisfaire le principe de neutralité régissant la responsabilité limitée des prestataires intermédiaires.

568. La neutralité, autrement dit, le caractère technique, automatique et passif de l'activité de fourniture de lien apparaît donc déterminante de la qualification de prestataire intermédiaire. Il faut en déduire que la pose d'un lien ayant directement nécessité une intervention humaine impliquant que l'activité n'est ni technique, ni automatique, est un cas de figure qui ne rentre pas dans le champ d'application des limitations de responsabilité visées à la section 4 de la directive 2000/31/CE.

569. Cette section a ainsi permis de mettre en évidence que le droit de l'Union européenne a vocation à assujettir les prestataires intermédiaires fournisseurs de liens à un régime de responsabilité limitée en

[1120] Cass. civ, 12 juillet 2012, n° 11-15.165 et n° 11-15.188, *Aufeminin.com et Google*.
[1121] CA Paris, 26 janvier 2011, *SAIF c. Google*.

raison de la neutralité de leur activité. À ce titre, elle est à ranger au sein des activités d'intermédiation sur Internet que le droit de l'UE entend favoriser par un régime de responsabilité limitée. L'étude d'un tel régime pour les prestataires intermédiaires permettra en effet d'observer qu'il est favorable à la création de liens.

Section 2. - Un régime de responsabilité en adéquation avec la liberté de lier

570. Les limitations de responsabilité des prestataires intermédiaires sont détaillées au sein de la section 4 de la directive sur le commerce électronique. Comme le professeur Montero et Monsieur Van Enis l'expliquent, ces limitations reposent sur le double constat que :

> « *D'un côté, les prestataires intermédiaires - cantonnés dans un rôle purement technique - ne sont pas supposés prendre connaissance des contenus dont ils assurent le stockage ou la transmission ; de l'autre, il saute aux yeux qu'ils sont idéalement placés et les mieux outillés pour prévenir ou faire cesser les pratiques illégales commises par le biais de leurs services* »[1122].

571. Il s'ensuit que ces régimes de responsabilité limitée sont structurés autour de ce double constat : il s'agit d'une part d'assurer au prestataire intermédiaire neutre qu'il ne pourra pas voir sa responsabilité engagée du seul fait d'avoir permis l'accès à des contenus illicites[1123]. L'objectif de ce dispositif est « *de promouvoir la liberté d'expression et d'éviter que les prestataires intermédiaires ne s'érigent en censeur* »[1124]. D'autre part, la directive 2000/31/CE contient certaines dispositions qui permettent d'imposer aux prestataires intermédiaires de contribuer à la cession de la diffusion de l'illicite sur Internet. Pour ce qui nous concerne, il s'agira donc d'envisager comment ce régime à « double niveau »[1125] s'applique aux prestataires intermédiaires fournisseurs de liens. À cet égard, nous nous intéresserons plus spécifiquement au régime de responsabilité des hébergeurs. Deux raisons justifient choix : la première est que c'est en cette qualité que la Commission européenne envisage la responsabilité des différents

---

[1122] Montero E., Van Enis Q., Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle, RLDI n°61, 2010.

[1123] *Ibid.*

[1124] Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 63 ; v. également *supra*, n°540 et s.

[1125] En ce sens, v. Gaudrat Ph., Sardain F., Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015, Larcier, 711 p., n°881.

prestataires intermédiaires fournissant des liens[1126]. La seconde tient à la pratique juridique : la qualification d'hébergeur est celle recherchée par une grande partie des intermédiaires fournisseurs de liens en raison de l'application large qui en est faite depuis l'arrêt *Google Adwords*[1127]. Dans cette optique, nous montrerons que l'application de ce régime de responsabilité est favorable la liberté de lier, tant du point de vue de la liberté du fournisseur de lien, que du point de vue de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs. D'une part, la mise en jeu de la responsabilité du fournisseur de liens en cas de référencement de l'illicite est en effet conditionnelle, ce qui favorise la liberté de lier (§1). D'autre part, si certaines obligations portant sur la lutte contre la diffusion de l'illicite en ligne peuvent être imposées aux intermédiaires fournisseurs de liens, nous observerons que ces obligations sont mesurées. En conséquence, elles sont compatibles avec la liberté de lier (§2).

§ 1. - La mise en jeu conditionnelle de la responsabilité des fournisseurs automatiques de liens du fait de l'illicéité des contenus liés

572. L'article 14 § 1 de la directive 2000/31/CE fixe les conditions permettant à un prestataire intermédiaire exerçant une activité d'hébergement de ne pas voir sa responsabilité engagée du fait de l'illicéité des contenus qu'il a stockés. Ces conditions appliquées à l'intermédiaire fournisseurs de liens sont révélatrices d'un régime de responsabilité compatible avec la liberté de lier (A). Dans ce cadre, nous observerons que la connaissance du caractère illicite du contenu lié est le critère déterminant de la mise en jeu de la responsabilité du fournisseur de liens. Il nous faudra alors examiner les moyens par lesquels l'illicéité du contenu lié est susceptible d'être portée à la connaissance des intermédiaires fournisseurs de liens. Il s'agira ainsi de confirmer que le critère de connaissance de l'illicéité ne remet pas en cause la liberté de lier (B).

A. Les conditions d'exonération de responsabilité en adéquation avec la liberté de lier

573. Le régime de responsabilité limitée des hébergeurs prévoit que la responsabilité de ces derniers est limitée : ils ne peuvent être tenus pour responsable du fait de l'illicéité du contenu qu'ils stockent, à la condition qu'ils n'aient pas connaissance de cette illicéité, ou s'ils ont eu une telle connaissance, qu'ils aient agi promptement pour en empêcher l'accès. Appliquée aux intermédiaires fournisseurs de liens, cette

---

[1126] V. *supra*, n°580.

[1127] Rappr. Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014. n°173 et s.

double condition impose d'envisager successivement deux hypothèses : celle de l'absence de connaissance de l'illicéité du contenu lié (1) et celle d'un prompt déréférencement du contenu lié en cas de connaissance de l'illicéité de celui-ci (2).

1° L'absence de responsabilité à défaut de connaissance du caractère illicite du contenu lié

574. L'article 14 § 1 a) de la directive 2000/31 impose aux États membres de ne pas tenir responsable le prestataire d'un service d'hébergement « *à condition qu'il n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente* ». Transposée aux intermédiaires fournissant des hyperliens, cette condition aboutit à la solution suivante : ces intermédiaires ne peuvent être pénalement responsables du renvoi vers un contenu illicite que s'ils avaient effectivement connaissance de cette illicéité, ou s'agissant d'une action civile, s'ils n'avaient pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente.

575. Cela étant, ni l'article 14, ni aucun considérant de la directive 2000/31/CE ne précisent quelle signification revêtent les notions de « connaissance effective » ou de « connaissance de faits ou de circonstances selon lesquelles l'activité ou l'information illicite est apparente ». Il est alors revenu à la CJUE d'en délimiter la portée. Dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay*[1128], la Cour a estimé que l'article 14 § 1 a) vise : la « *connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité en cause* »[1129], peu important « *la situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances* »[1130]. Pour la Cour, cela comprend la situation dans laquelle le prestataire intermédiaire « *découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicites à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative, ainsi que celle dans laquelle l'existence d'une telle activité ou d'une telle information lui est notifiée* »[1131]. Selon nous, il en irait ainsi dans le cas où le fait ou la circonstance porté à l'attention du prestataire intermédiaire rend l'illicéité si évidente - ou pour reprendre la terminologie française, si manifeste[1132] - qu'un opérateur

[1128] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, p. I-06011.
[1129] *Ibid*., point 120.
[1130] *Ibid*., 121.
[1131] *Ibid*., point 122. Sur la mise en œuvre des moyens d'acquérir cette connaissance, v. *infra*, n°270.
[1132] V. Cons. const., décision 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO du 22 juin 2004.

économique diligent[1133] ne peut pas ne pas en avoir connaissance[1134]. L'« opérateur économique diligent » est l'opérateur, ni extrêmement vigilant, ni anormalement négligent, qui devrait avoir la connaissance de l'illicéité lorsqu'elle est manifeste[1135].

576. Le caractère manifeste de l'illicéité peut concerner une grande variété de situations. Il est de ce fait vain de vouloir en faire une présentation exhaustive. Quelques élements de connaissance peuvent néanmoins suffire pour en esquisser les grandes lignes. Pour la doctrine, il s'agirait des contenus dont le caractère illicite apparaît avec la force de l'évidence et n'est pas discutable[1136]. Tel serait le cas, selon la Commission européenne, d'un contenu qui se « *rapporte à des infractions pénales graves comportant une menace pour la vie ou la sécurité de personnes* »[1137]. En matière d'hyperlien, ainsi en irait-il sans doute du lien renvoyant vers des contenus faisant l'apologie du terrorisme, à des crimes de guerre ou incitant à la haine raciale[1138]. Dans un contexte où la lutte contre le terrorisme est devenue une priorité d'ampleur européenne, ces précisions quant au caractère manifeste de l'illicéité sont importantes[1139]. Et ce, d'autant plus que ces contenus illicites utilisent souvent le relais de l'hyperlien pour atteindre leur audience, en particulier à travers les moteurs de recherche et les médias sociaux. Par ailleurs, le caractère manifeste de l'illicéité devrait couvrir le cas plus général dans lequel est porté à la connaissance de l'intermédiaire un hyperlien renvoyant vers un contenu dont l'illicéité a déjà été constatée par le passé et a été remis en ligne par la même auteur[1140]. L'illicéité ne serait alors pas contestable puisqu'il s'agirait du même contenu illicite.

577. La condition de *connaissance de l'illicéité* par un *opérateur économique diligent* définit ainsi la marge de manœuvre du fournisseur de liens relativement au choix du contenu vers lequel il renvoie. Cette condition de connaissance de l'illicéité vise en effet à s'assurer que seul le prestataire intermédiaire qui reste neutre peut bénéficier d'une dérogation de responsabilité. Cette condition est donc favorable à la

---

1133 Sur la notion de prestataire économique diligent dans le contexte de l'internet, v. Gautier P-Y, De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage, Rec. Dalloz, 2011, p. 2054.

1134 En ce sens, Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur le réseaux, Cahiers du C. R. I. D, n°18 ; Manara C., Le droit du commerce électronique après l'arrêt *Scarlet*, RLDI, n°78, 2012.

1135 Gautier P-Y, De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage, préc.

1136 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit* ., n°917.

1137 Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C (2018) 1177 Final, 01/03/2018.

1138 Sur la nature des contenus manifestement illicites, v. notamment, Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit*., n°917 ; Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur le réseaux, préc., n°543. ; Marino L., Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement, JCl Communication, Fasc. 670, 2015, n°49.

1139 V. par exemple la récente proposition de règlement spécifique à ce sujet, Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, COM (2018) 640 Final du 12/09/2018.

1140 En ce sens, CJUE *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, Conclusion de l'avocat général Niilo Jääskinen, 9 décembre 2010, point 167.

liberté de lier en ce sens que tant que le fournisseur de liens reste neutre, *i.e.* tant qu'il n'a pas acquis la connaissance de l'illicéité manifeste du contenu vers lequel il renvoie, sa responsabilité pénale ou civile n'est pas susceptible d'être engagée au sein des États membres. De la sorte, il n'est pas contraint d'exercer un contrôle *a priori* des contenus vers lesquels il renvoie[1141].

578. En revanche, l'article 14 § 1 a), tel qu'interprété par la CJUE, exige du fournisseur de liens qu'il se comporte en opérateur économique diligent : il ne peut ignorer le caractère illicite du contenu lié lorsque les informations qu'il a en sa possession l'en ont alerté. Effectivement, à partir du moment où ce prestataire a connaissance du caractère illicite du contenu qu'il véhicule, il faut considérer qu'il contribue activement à sa diffusion sur Internet. Il n'est dès lors plus un simple intermédiaire mais s'associe à la décision prise par l'auteur du contenu illicite de le diffuser. En matière d'hyperlien, l'article 14 § 1 a), permet ainsi de mettre en évidence que la liberté de lier du prestataire intermédiaire s'arrête là où commence la connaissance de l'illicéité du contenu pointé.

Dès lors, l'intermédiaire fournisseur de liens doit opérer un prompt déréférencement du contenu illicite s'il ne souhaite pas voir sa responsabilité engagée[1142].

2° L'absence de responsabilité en cas de prompt déréférencement d'un contenu connu comme illicite

579. Après avoir précisément évoqué le contour de l'obligation de prompt déréférencement à la charge du prestataire intermédiaire (a), nous observerons qu'elle soulève d'importants problèmes au regard de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs de liens et des fournisseurs de contenu (b). Ces enjeux doivent être rattachés à la liberté de lier envisagée globalement puisqu'elle a pour finalité de favoriser l'exercice de ces libertés fondamentales sur Internet.

a) Le contour de l'obligation de prompt déréférencement

580. L'article 14 § 1 b) de la directive 2000/31 contient la seconde condition que l'hébergeur doit satisfaire s'il souhaite éviter d'engager sa responsabilité. Au terme de cet article, l'hébergeur ne peut être tenu pour responsable des informations qu'il stocke s'il agit « *promptement pour retirer les informations*

[1141] Comp. Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014, n°187. À propos du régime de responsabilité des hébergeurs : « *En d'autres termes, l'idée est que l'hébergeur ne peut matériellement connaître les faits reprochés et, à plus forte raison, qu'il ne peut les contrôler : il n'existe pas, en conséquence, d'obligation de surveillance des contenus pour l'hébergeur, puisque celui-ci est par définition - ou tout du moins est censé être - neutre à l'égard des contenus hébergés* ».

[1142] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc., point 122.

ou rendre l'accès à celles-ci impossible » dès qu'il a connaissance de leur illicéité. En matière d'hyperliens, cela signifie que le prestataire intermédiaire, qui fournit des liens vers un contenu illicite, doit promptement supprimer le lien menant vers ce contenu, dès qu'il a connaissance de cette illicéité. Cette condition n'est pas réellement indépendante de celle fixée par l'article 14 § 1 mais elle la complète. La CJUE l'a clairement affirmé[1143]. En résumé, le prestataire intermédiaire pourra donc être tenu pour responsable des dommages causés du fait du contenu lié s'il a connaissance du caractère illicite de ce dernier puis, si ayant eu une telle connaissance, il n'a pas agi promptement pour le déréférencer[1144].

581. Toutefois, le délai dans lequel le prompt retrait du contenu illicite doit avoir lieu n'est pas précisé par la directive 2000/31/CE. Selon la Commission européenne, le délai doit varier en fonction du type de contenus illicites, de la précision d'une éventuelle notification et du risque de dommage[1145]. Ainsi, la détermination de la nature illicite d'un matériel pédopornographique devrait être aisée et justifier un délai court, à l'inverse de propos diffamatoires pour lesquels une analyse du contexte est nécessaire[1146]. Cette analyse, menée par la Commission européenne dans le cadre de la régulation des plateformes, est évidemment valable s'agissant du délai de suppression des liens vers des contenus illicites. Enfin, il est à noter qu'un code de conduite sur la lutte contre les discours haineux en ligne[1147], co-établi par la Commission européenne et plusieurs plateformes, prévoit dans la majorité des cas des délais de suppression de vingt-quatre heures s'agissant des contenus haineux illégaux[1148]. Ce code relève du droit souple[1149], et plus particulièrement du droit négocié[1150]. S'il est, à ce titre, dépourvu de valeur

---

1143 V. CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc., point 120.

1144 Comp. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit* ., n°908.

1145 Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, COM (2017) 555 final, 28/09/2017, p. 15.

1146 *Ibid*.

1147 Les discours haineux illégaux sont définis en droit de l'UE référence à l'article 1 a) de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008. Il s'agit de « *l'incitation publique à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique* ».

1148 Commission européenne, IP/18/261 du 19/012018.

1149 Sur le droit souple, v. notamment Thibierge C., Le droit souple, réflexion sur les textures du droit, RTD Civ., 2003, p. 599.

1150 Le droit négocié peut être défini comme un accord collectif volontaire entre des partis prenantes afin de régir une problématique juridique donnée, par exemple la lutte contre les discours haineux illicites en ligne ou la contrefaçon, v. Bensamoun A., Zolynski C., La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit, Rec. Dalloz, 201, p. 1773 ; Bensamoun A., Zolynski C., La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des intermédiaires techniques, RLDI, n°75, 2011 ; v. également, sur le droit négocié, en particulier sur Internet, v. Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p., p ; 96 et s. . (Cet auteur englobe le droit négocié dans la réglementation privée. Cette dernière recouvre une réalité plus large puisqu'elle englobe l'ensemble des accords volontaires ayant une origine privée et non seulement ceux résultant d'une négociation entre les parties prenantes et une autorité publique) ; Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014, n°210 ; Bensamoun A., Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne, Dalloz IP/IT 2016, p.182.

contraignante[1151], il n'est cependant pas exclu qu'il produise des effets juridiques[1152]. Il a en effet vocation à modeler les comportements des plateformes en ligne en matière de délais de retrait des contenus haineux illicites et pourra, de ce fait, fournir une indication au juge lorsqu'il cherchera à déterminer le délai de retrait adéquat[1153].

582. La question qui se pose ensuite est celle de savoir si l'obligation de neutralité impose au fournisseur de liens d'empêcher toute apparition d'hyperliens qui mèneraient vers des contenus illicites remis en ligne. Prenons un exemple : un moteur de recherche a, conformément à l'article 14 de la directive 2000/31/CE, supprimé des liens vers un contenu contrefaisant à la suite d'une injonction judiciaire. Dans le cas où le contenu viendrait à réapparaitre à une nouvelle adresse, grâce un site miroir, ce moteur est-il tenu de prévenir toute réapparition des liens vers ce contenu[1154] ? Autrement dit, les intermédiaires fournisseurs de liens sont-ils soumis à une obligation dit de « *take, down, stay down* », comme l'impose DMCA au États-Unis[1155] ? L'enjeu derrière cette interrogation est important en matière d'hyperliens. En pratique, les contenus illicites dont l'accès a été bloqué réapparaîssent régulièrement à une autre adresse. De ce fait, les liens y renvoyant s'avèrent indispensables pour localiser le nouvel emplacement de ce contenu, puis pour y accéder. Les moteurs de recherche et les agrégateurs de contenus sont particulièrement visés par cette problématique : leur capacité à référencer efficacement les nouveaux emplacements des contenus illicites permet à ces derniers de demeurer effectivement accessibles. À titre d'illustration, le retrait de l'hyperlien est déterminant pour les titulaires de droits intellectuels qui souhaitent limiter l'impact de la contrefaçon en ligne. Cela constitue également un moyen pour les États de lutter plus efficacement contre l'accessibilité de contenus terroristes ou haineux en ligne. Il y a donc un intérêt évident à empêcher l'apparition de liens vers ces contenus afin d'en limiter l'accès. D'un autre côté, il est évident qu'une obligation de « *stay-down* » généralisée représenterait une contrainte technique et financière importante sur l'activité de création de liens : elle obligerait à mettre en place un système qui préviendrait,

---

1151 *Ibid.*

1152 *Ibid.*

1153 Sur la valeur juridique du droit négocié, v. notamment., Bensamoun A., Zolynski C., La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit, préc. ; Bensamoun A., Zolynski C., La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des intermédiaires techniques, préc.

1154 Les « sites miroirs » permettent de contourner le blocage des sites illicites par les fournisseurs d'accès ainsi que leur déréférencement : l'adresse web du site disparaît et/ou est déréférencé, mais le site illicite reste accessible, grâce à un changement de nom de domaine ou d'extension géographique. Par exemple, <Thepiratebay>, portail de Bit Torrent au sein duquel sont diffusées nombre de publications contrefaisantes, a choisi l'extension <.gl> (Groenland). Lorsque les autorités danoises l'ont bloqué, le service a migré vers l'extension <.se> (Suède), et est demeuré accessible. V. Barraud B., La crise de la sanction. Réflexion autour de la difficile répression des activités illicites en ligne, RLDI n°128, 2016.

1155 Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014. n°191.

de manière définitive, la réapparition d'un lien vers l'ensemble des contenus dont l'illicéité a été portée à la connaissance du fournisseur de liens.

583. Par ailleurs, la logique du régime de responsabilité limitée pourrait conduire à penser qu'une obligation de « *take, down, stay down* » est incompatible avec l'obligation de neutralité. Le principe du « *stay down* » obligerait le prestataire intermédiaire à prendre connaissance des contenus dont il a la charge. Or le régime de responsabilité limitée dont cet intermédiaire entend bénéficier repose sur l'absence d'une telle connaissance. À défaut, le prestataire ne peut satisfaire son obligation de neutralité. Telle est d'ailleurs la logique de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, qui interdit aux États membres de soumettre les prestataires intermédiaires à une obligation générale de surveillance. La CJUE l'a confirmé dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay* en estimant « [...] *que les mesures exigées de la part du prestataire du service en ligne concerné ne peuvent consister en une surveillance active de l'ensemble des données de chacun de ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle via le site de ce prestataire* »[1156]. Toutefois, il ne nous semble pas que cette règle s'oppose à un « *stay down* » fonctionnant selon une logique automatique et ciblée. Il s'agirait de prévenir la réapparition de contenus dont il est clairement identifié, grâce à des technologies adéquates, qu'ils sont illicites. La Commission européenne l'encourage[1157] et la directive 2000/31 semble même le prévoir en son considérant 40[1158].

584. Il pourrait, par exemple, s'agir d'empreintes digitales numériques qui permettraient de marquer les contenus illicites, afin que leur déréférencement soit maintenu. Le caractère spécifique et automatique d'une obligation de « *stay down* » n'est donc pas contraire à l'interdiction faite à l'intermédiaire d'opérer une surveillance généralisée et active des contenus liés. Une mesure de « *stay-down* » ciblée, automatique

---

[1156] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc. point 139 ; En ce sens, v. également, Cass. civ, 12 juillet 2012, n° 11-15.165 et n° 11-15.188, *Aufeminin.com et Google :* « *Qu'en se prononçant ainsi, quand la prévention et l'interdiction imposées à la société Aufeminin.com, en tant qu'hébergeur, et aux sociétés Google, en tant que prestataires de services de référencement, pour empêcher toute nouvelle mise en ligne de l'image contrefaisante, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des reproductions illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées* ».

[1157] Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p. 13 ; Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, préc., considérant 25.

[1158] « *Les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques, dans le respect des limites établies par les directives 95/46/CE et 97/66/CE* » Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n° L178 du 17/07/2000, considérant 40.

et, par conséquent, restreinte a de la même façon l'avantage de limiter la charge financière et technique du déréférencement. Elle ne nous semblerait pas, à ce titre, incompatible avec l'activité du fournisseur de liens.

585. Il faut également noter que la récente recommandation de la Commission européenne sur « les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne » préconise explicitement une obligation de « *stay down* » en matière de terrorisme[1159]. Une proposition de règlement de la Commission européenne prévoit, par ailleurs, de préciser et renforcer ce cadre[1160]. La proposition semble couvrir spécifiquement et strictement l'activité d'hébergement, peu important la nature du contenu hébergé. Les médias sociaux et les agrégateurs de contenus fournis par les utilisateurs sont donc concernés[1161]. Le champ d'application matériel semble, quant à lui, suffisamment large pour inclure les hyperliens stockés par les acteurs précités[1162]. En revanche, les moteurs de recherche paraissent exclus de la proposition. La définition de l'hébergement de la directive 2000/31 est en effet reprise par la proposition et il n'est fait aucune référence aux moteurs de recherche et, plus généralement, aux créateurs de liens, au sein des considérants. Cette mise à l'écart peut sembler surprenante puisque ces acteurs jouent un rôle tout aussi indispensable dans la découverte de contenus terroristes que les réseaux sociaux ou autres hébergeurs[1163]. La Commission européenne a d'ailleurs déjà souligné l'importance de l'hyperlien, en général, dans la propagation des contenus terroristes[1164].

586. Pour le moment, c'est cependant la recommandation de la Commission européenne qui doit servir de référence. De fait, si les recommandations sont des actes de l'Union dépourvus d'effet obligatoire[1165], elles ont néanmoins vocation à produire des effets juridiques importants. Ainsi la CJUE a dit pour droit dans l'arrêt *Grimaldi*[1166], que les juges nationaux doivent les prendre en considération afin de trancher les litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque les recommandations éclairent l'interprétation de

---

1159 Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, préc.

1160 Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, COM (2018) 640 Final du 12/09/2018.

1161 *Ibid*., article 2 et considérant 10.

1162 *Ibid*.

1163 Tel est en tout cas la conception que semble retenir la Commission. V. Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc.

1164 V. Commission européenne, Fiche d'information, Une Europe qui protège : lutter contre les contenus à caractère terroriste en ligne, 12 septembre 2018. Pour évaluer la vitesse de propagation des contenus terroristes en ligne, la Commission se réfère aux hyperliens. Elle estime par exemple que 75 % des liens vers des contenus terroristes se propagent en l'espace de quatre heures.

1165 Martucci F., Droit de l'Union européenne, 2017, 1ère éd., Dalloz, coll. HyperCours, 914 p., n°616 et s.

1166 CJCE 13 décembre 1989, aff. C-322/88, *Grimaldi*, Rec. de jurisprudence, p. 04407.

dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant. À l'égard des contenus terroristes elle prévoit, par conséquent, que :

« *Les prestataires de services d'hébergement devraient prendre des mesures proactives proportionnées et spécifiques, notamment en recourant à des procédés automatisés, afin d'empêcher immédiatement les fournisseurs de contenus de republier du contenu qui a déjà été retiré ou dont l'accès a déjà été rendu impossible du fait qu'il avait été considéré comme du contenu à caractère terroriste* »[1167].

587. De la sorte, les intermédiaires fournisseurs de liens seraient tenus d'empêcher la réapparition de liens vers les contenus à caractère terroriste qui ont été remis en ligne. À cet égard, la Commission européenne a mis en avant la nécessité de recourir à « *un éventail de technologies qui vont du simple filtrage des métadonnées au hachage des contenus et à l'empreinte digitale numérique* »[1168].

Le prompt retrait des liens vers des contenus illicites doit donc être analysé comme le moyen pour l'intermédiaire de rester neutre. Ce déréférencement soulève toutefois des enjeux importants pour la liberté de lier, du point de vue des fournisseurs de contenu et pour les utilisateurs des liens.

b) Les enjeux du prompt déréférencement au regard de la liberté de lier

588. Des retraits inappropriés de contenus licites peuvent porter atteinte à la liberté d'expression et d'information. L'hyperlien étant l'un des principaux vecteurs sur Internet, le déréférencement d'un contenu licite aurait dès lors pour résultat de porter atteinte à la liberté des internautes de recevoir ou de communiquer des informations, conformément à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dans l'affaire *GS Media*, l'hyperlien a bien été reconnu comme l'un des vecteurs de cette liberté sur Internet[1169]. Du côté des fournisseurs de contenus, un déréférencement abusif serait susceptible de troubler leur liberté de communiquer des informations[1170]. Dans un contexte « d'infobésité », le référencement au sein des moteurs de recherche et des médias sociaux est de fait indispensable pour qu'un contenu atteigne son public. Enfin, un déréférencement abusif pourrait porter atteinte à la liberté d'entreprendre des

---

[1167] *Ibid*., § 36.

[1168] Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p. 13.

[1169] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 44 et 45.

[1170] En ce sens, Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012, Thèse, Amsterdam, 386 p., p. 323 et s.

fournisseurs de contenus professionnels, le référencement d'un contenu étant un atout majeur et stratégique pour qui entend exercer une activité économique sur Internet. À défaut d'être référencé, un service ou un produit risque en effet de rester invisible aux yeux de potentiels consommateurs[1171]. La politique de déréférencement des contenus illicites est, par voie de conséquence, un point crucial de l'appréhension juridique de l'hyperlien en droit européen. Nous traiterons cependant cette problématique plus globalement, lorsque nous envisagerons la participation des fournisseurs de liens à la lutte contre la diffusion de l'illicite par le biais du filtrage.

Pour l'heure, il s'agit de constater que la mise en jeu de la responsabilité de l'intermédiaire fournisseur de liens dépend de la connaissance de l'illicéité que ce dernier a du contenu vers lequel il renvoie. Il convient donc d'envisager les moyens par lesquels le fournisseur de liens est susceptible d'acquérir une telle connaissance.

B. Des moyens permettant de prendre connaissance de l'illicéité du contenu lié en adéquation avec la liberté de lier

589. Dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay*, la Cour de justice a clairement établi les moyens par lesquels l'hébergeur peut prendre connaissance du caractère illicite qu'il stocke. Cette prise de connaissance peut résulter soit « *d'un examen effectué de sa propre initiative* », soit d'une notification de l'illicéité par un tiers[1172]. Cela a par ailleurs été réaffirmé par dans la recommandation de la Commission européenne sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne . C'est dans cette perspective que nous chercherons à vérifier que la prise de connaissance de l'illicéité du contenu lié est en adéquation avec la liberté de lier, tant lorsqu'elle résulte d'une détection de l'illicéité des contenus liés (1), que lorsqu'elle découle d'une notification de cette illicéité par un tiers (2).

1° La détection des contenus liés par le fournisseur de liens lui-même

590. L'acquisition de la connaissance de l'illicéité peut se faire, selon la Cour, à la suite d'un examen des contenus menés à l'initiative de l'hébergeur. La Commission européenne a, d'ailleurs, confirmé cette possibilité dans communication intitulée « *Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne* »[1173]

[1171] Cet aspect de l'appréhension juridique de l'hyperlien, de sa technique et de ses usages soulève nombres de problématiques juridiques, notamment en droit de la concurrence. Elles sont abordées dans la suite de la thèse. V. *infra*, n°802 et s.

[1172] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc., point 122.

[1173] Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p. 11.

puis, dans sa recommandation « *sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne* ». La nature et les modalités de cet examen font cependant débat dans le cadre de la responsabilisation des plateformes en ligne, qui contribuent activement à la mise à disposition de contenus illicites. D'aucuns, à l'instar de la Commission européenne, estiment qu'une responsabilisation efficace des plateformes implique de soumettre ces dernières à une obligation proactive de détection et de retrait automatique des œuvres illicites[1174]. Pour d'autres, ce type d'obligation reviendrait à imposer un filtrage automatique des contenus, qui s'apparenterait à une forme de censure privée généralisée. Ces obligations porteraient, de ce fait, atteinte la liberté d'expression et d'information des utilisateurs des plateformes en ligne[1175]. Ce débat est particulièrement vif en droit d'auteur, puisqu'une grande partie des tensions ayant entouré l'adoption de la directive DAMUN par le Parlement européen s'est cristallisée autour de ce sujet[1176]. L'article 13 de la proposition de la Commission européenne, lu à la lumière de son considérant 38 prévoyait d'obliger les services de la société de l'information proposant des contenus chargés par leurs utilisateurs de prendre des mesures appropriées et proportionnées, notamment en recourant à des technologies efficaces, d'empêcher les atteintes aux droits exclusifs sur les œuvres et objets protégés[1177]. Cette disposition, assez floue, a été écartée par le Parlement européen[1178]. Le texte adopté par le Parlement européen renvoie finalement la protection desdites œuvres à l'instauration de bonnes pratiques, négociées par les parties intéressées[1179]. En somme, les députés européens ont fait le choix de la *soft law*. La version finale du texte est cependant susceptible de changer : le texte adopté le 12 septembre 2018 par le Parlement européen doit être approuvé par le Conseil de l'UE. En cas de modification par ce dernier, ce texte devra à nouveau recevoir l'approbation du Parlement européen.

1174 V. Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p. 11 et s. ; En ce sens, v. également, ALAI, Résolution relative aux propositions européennes du 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par la voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés.

1175 V. notamment, Senftleben M., Angelopoulos C., Frosio G., Moscon V., Peguera M., and Rognstad O-A, The recommendation on measures to safeguard Fundamental rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform, E.I.P.R, Vol. 40, Issue 3, 2018, p. 149 ; Frosio G., The death of 'No monitoring' obligations : a story of untameable monsters, JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 199 ; Frosio, G., From horizontal to vertical : an intermediary liability earthquake in Europe, Journal of Intellectual Property & Practise, Vol. 12, n°7, 2016, p. 565, spéc, p. 571 et s. ; Frosio G., To filter, or not to filter. That is the question in EU copyright reform, CEIPI, Research Paper, n°16, 2017.

1176 Castets-Renard C., Le Parlement européen et la directive sur le droit dans le marché unique numérique : quel partage de la valeur entre les parties prenantes ? Rec. Dalloz, 2018, p. 1921.

1177 V. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016)593 final, 14/09/2016, considérant 38.

1178 Leloup D., et Untersinger M., La directive de l'UE sur le droit d'auteur à l'ère du numérique est adoptée, Lemonde.fr, 12/09/2018.

1179 Parlement européen, Amendements du Parlement européen, adoptés le 12 septembre 2018, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, T8-0337/2018.

591. Toutefois, la recommandation précitée de la Commission européenne a, avant même l'adoption de la directive DAMUN, déjà tranché en faveur de la première option. Cette recommandation précise en effet que les prestataires d'hébergement devraient favoriser « *des mesures proactives proportionnées et spécifiques en matière de contenus illicites* »[1180] en ayant recours à « *des procédés automatisés de détection de contenus illicites* »[1181].

592. En matière d'hyperliens, la connaissance de l'illicéité du contenu lié pourrait donc être obtenue en ayant recours à des procédés automatisés d'évaluation des contenus liés. Ces procédés ont sans doute vocation à fonctionner selon des modalités différentes en fonction de l'activité de fourniture de liens concernée. Les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité devraient vérifier lors de la mise à jour de leur index que les contenus « *crawlés* » ne sont pas manifestement illicites. La prise de connaissance de l'illicite pourrait ainsi être réalisée en amont de la création de l'hyperlien. Les plateformes fournissant des liens posés par leurs utilisateurs, tel que les réseaux sociaux, devraient, elles, effectuer un contrôle *a posteriori* puisqu'elles ne sont pas à l'origine de la décision de créer le lien. La prise de connaissance de l'illicite aurait donc lieu en aval de la création de l'hyperlien.

593. Toutefois, certains auteurs ont soulevé la question de la compatibilité de ces procédés de détection des contenus illicites avec le principe de neutralité des prestataires intermédiaires. Comment, effet, un fournisseur de liens pourrait-il évaluer la licéité des contenus vers lesquels il renvoie tout en respectant son obligation de neutralité, surtout si cette évaluation implique une intervention humaine ?[1182] Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que la CJUE a plusieurs fois affirmé que la surveillance généralisée des contenus par les prestataires intermédiaires était proscrite en vertu de l'article 15 de la directive 2000/31[1183]. La Commission européenne a cependant clairement exposé tant au sein la communication que de la recommandation précitées que la détection des contenus illicites par les prestataires intermédiaires eux-mêmes ne remettait pas en cause leur neutralité[1184]. Selon la Commission européenne « *le fait qu'une plateforme en ligne adopte certaines mesures relatives à la fourniture de ses services d'une*

1180 Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, préc., § 18.

1181 *Ibid.*

1182 Rappr. Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit.*, n°910 ; Thoumyre L., Impact de l'arrêt *Google Adwords* de la CJUE sur la responsabilité des services 2.0, 2010, Juriscom.net ; Castets-Renard C., Système Adwords : Google n'est ni contrefacteur, ni complice d'acte de contrefaçon, RLDI, n°61, 2010.

1183 CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc., point 122 ; CJUE 24 novembre 2011, aff. C-70/10 *Scarlet Extended*, Rec. p. I-11959, point 35 à 38 ; CJUE 6 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM*, Rec. général, point 34 à 36.

1184 Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p.12 ; Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, préc, § 24.

manière générale n'implique pas nécessairement qu'elle joue un rôle actif à l'égard des contenus individuels qu'elle héberge et qu'à ce titre elle ne saurait bénéficier de la dérogation »[1185].

594. Il faut, par conséquent, également considérer que les intermédiaires fournisseurs de liens ont la possibilité et sont encouragés à prendre connaissance, de leur propre chef, de l'illicéité des contenus liés. Afin de respecter le principe de neutralité des prestataires intermédiaires, cette prise de connaissance ne peut toutefois résulter que de mesures de détection d'ordre général. Cette détection de l'illicite ne devrait donc pas distinguer selon le fournisseur ou le destinataire du contenu lié. De plus, il nous semble que le principe de neutralité implique que cette détection ait un caractère automatique. Tant que cette détection s'inscrit dans un tel cadre, elle n'est pas incompatible avec la qualification de prestataire intermédiaire et, partant, avec la liberté de lier. Elle est néanmoins susceptible d'avoir des effets négatifs sur la liberté d'expression et d'information des fournisseurs des contenus liés et sur les utilisateurs finaux de ces services. Nous reviendrons sur cet aspect ultérieurement, lorsque nous aborderons la participation des fournisseurs de liens à la lutte contre la diffusion de l'illicite sur Internet, grâce au filtrage des contenus liés.

Il convient désormais d'étudier le second moyen permettant la prise connaissance de l'illicéité sous l'angle de liberté de lier.

2° La notification de l'illicéité des contenus liés par un tiers

595. La notification du caractère illicite du contenu hébergé par un tiers est le second moyen permettant au prestataire intermédiaire de prendre connaissance de cette illicéité. Toutefois, ni la directive 2000/31, ni la Cour de justice n'ont clairement précisé selon quelles modalités cette notification doit être effectuée. La CJUE a uniquement indiqué dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay* que cette notification devrait être « *suffisamment précise et étayée* »[1186].

596. Pourtant, au même titre que la politique de retrait des liens pointant vers des contenus illicites, le système de notification véhicule d'importants enjeux pour les acteurs de la fourniture de liens. Du côté des tiers auxquels le contenu illicite porte préjudice, une procédure de notification efficace est évidemment un moyen primordial pour empêcher que ce contenu ne soit largement disséminé sur Internet. Effectivement, dès que l'illicéité aura été portée à la connaissance du fournisseur de liens par la notification, il sera dans l'obligation de supprimer le ou les liens renvoyant vers ce contenu. Ce dernier sera alors moins facilement

---

[1185] Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p. 12.

[1186] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, préc. point 122.

localisable et accessible aux internautes. D'un autre côté, des notifications abusives, notamment lorsqu'elles portent sur un contenu licite, peuvent porter atteinte à la liberté de lier. Elles peuvent tout d'abord être dommageables pour le fournisseur de liens, le traitement de ces notifications représentant un coût financier. Elles sont ensuite susceptibles de générer un déréférencement abusif qui pourrait porter atteinte à la liberté d'expression et d'information des utilisateurs de liens ainsi qu'à la liberté d'entreprendre des professionnels fournisseurs de contenu. La problématique est en tout point similaire à celle envisagée auparavant s'agissant des déréférencements abusifs. Le lecteur pourra donc s'y référer[1187]. Ces observations permettent de mesurer l'importance d'un système de notification efficace à l'échelle de l'Union européenne afin de préserver la liberté de lier. D'éventuelles disparités au sein des États membres dans ce domaine seraient, de fait, source d'insécurité juridique pour l'ensemble des acteurs concernés par la fourniture de liens.

597. À cet égard, la récente recommandation de la Commission européenne sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne est bienvenue. Elle définit en effet un cadre européen pour la procédure de notification[1188]. L'objectif est double : d'une part, il s'agit de remédier aux disparités au sein de l'UE quant aux procédures mises en place par les États membres[1189] afin, d'autre part, de lutter plus efficacement contre les contenus illicites en ligne. Ce cadre, qui concerne les prestataires de services d'hébergement, devrait également concerner les prestataires intermédiaires fournissant des hyperliens. La Commission européenne semble d'ailleurs envisager clairement cette possibilité au considérant 15 de la recommandation. On peut y lire que « *les recommandations formulées peuvent également s'appliquer mutatis mutandis en lien avec d'autres prestataires de services en ligne concernés* ».

598. Des règles générales, concernant la procédure de notification, communes à tous types de contenus illicites, sont énoncées au chapitre 2 de la recommandation. Des règles spéciales sont par ailleurs prévues pour les contenus à caractère terroriste au chapitre 3. Ce régime spécifique de notification, qui prévoit en substance des règles plus strictes que le régime général. Ces règles spécifiques aux cotenus terroristes pourrait par ailleurs être consacré au sein d'un règlement car la Commission européenne a effectué une proposition en ce sens[1190].

1187 V. *supra*, n°606.

1188 Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, préc.

1189 *Ibid*., v. particulièrement les § 11 et 12.

1190 Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, COM (2018) 640 Final du 12/09/2018.

599. S'agissant de la procédure commune de notification, elle dispose que les prestataires intermédiaires devraient prévoir des mécanismes de notification en ligne facile d'accès[1191]. Ces mécanismes devraient en outre permettre une notification précise et détaillée des contenus illicites, en prévoyant que le notifiant puisse expliquer les raisons pour lesquelles le contenu est illicite[1192]. La notification devrait également contenir une indication précise de la localisation du contenu illicite[1193]. Appliqué aux services d'intermédiation fournissant des hyperliens, ce système devrait favoriser un déréférencement efficace des contenus illicites, sans pour autant nuire à la liberté de lier tant du point de vue des intermédiaires et des fournisseurs de contenus que du point de vue des utilisateurs finaux. La victime d'un contenu illicite devrait en effet facilement et directement pouvoir notifier au fournisseur de liens l'illicéité de ce contenu et, le cas échéant, en obtenir le déréférencement. D'un autre côté, cette procédure impose que cette notification soit suffisamment précise pour ne pas entraîner le déréférencement de contenus licites.

600. Ces garanties sont renforcées par des règles portant sur l'« *Information des fournisseurs de contenus* » et sur les « *contre-notifications* ». Il y est énoncé que, si la notification entraîne la suppression du contenu, le prestataire intermédiaire devrait avertir le fournisseur dudit contenu. Cette obligation n'a toutefois pas lieu d'être si le contenu est manifestement illicite et se rapporte à des infractions pénales graves. Tel est également le cas lorsqu'une autorité compétente formule une demande en ce sens pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique. La recommandation établit ensuite que les fournisseurs de contenus devraient pouvoir facilement présenter une contre-notification en ligne à l'hébergeur. De ce fait, les intermédiaires fournisseurs de liens devraient eux aussi être assujettis à l'obligation de mettre en place un mécanisme de contre-notification. En cas de résultat positif, l'hyperlien vers le contenu incriminé devrait alors être remis en place. Enfin, la recommandation encourage les prestataires intermédiaires à introduire des mesures visant à juguler les notifications et contre-notifications abusives[1194]. Le cadre défini par la recommandation apparaît ainsi équilibré du point de vue de la liberté de lier : la procédure de notification doit permettre au fournisseur de liens de prendre connaissance de l'illicéité de manière précise et détaillée. Les risques d'un non-référencement ou d'un déréférencement inappropriés sont ainsi limités. Le fournisseur de liens est, de cette façon, à même de satisfaire au principe de neutralité autour duquel est construit le régime de responsabilité limitée.

[1191] *Ibid*., § 5.
[1192] *Ibid*., § 6.
[1193] *Ibid*.
[1194] *Ibid*., § 21.

§ 2. - La participation mesurée des fournisseurs automatiques de liens à la lutte contre la diffusion de contenus illicites

601. En contrepartie des limitations de responsabilité dont bénéficient les hébergeurs, le droit européen prévoit un certain nombre d'obligations concernant la lutte contre la diffusion de contenus illicites sur Internet. Elles visent à la fois à faire cesser et à prévenir la diffusion de l'illicite en ligne. En matière d'hyperliens, la cessation et la prévention du référencement de l'illicite impliquent un filtrage, un tri parmi les contenus liés qui entre en conflit avec la liberté de lier (A). Ce filtrage étant toutefois strictement encadré, il nous semble de la sorte compatible avec la liberté de lier (B).

A. Le filtrage des contenus liés : un conflit possible avec la liberté de lier

602. La directive 2000/31/CE proscrit la surveillance générale et active des contenus dont les intermédiaires ont la charge. De ce fait, aucune obligation de filtrage général et actif ne peut être mis à la charge des fournisseurs de liens (1). En dépit de cette interdiction, le filtrage ciblé des contenus liés visant à empêcher leur référencement est possible au regard de la directive ; il est même encouragé par la Commission européenne. Ce type de filtrage n'en constitue pas moins une source de danger pour la liberté de lier (2).

1° Un filtrage excluant une surveillance générale et active des contenus liés

603. Le filtrage et le contrôle proactif des contenus en ligne sont de plus en plus perçus comme des moyens indispensables de lutte contre la dissémination des contenus illicites en ligne. Les États membres, la Commission européenne, certains intérêts tiers, comme ceux des titulaires de droit de propriété intellectuelle, considèrent en effet que le blocage des contenus *a posteriori*, à la suite à une notification, ne permet plus de lutter efficacement contre l'illicite en ligne[1195]. À l'inverse, le filtrage *a priori* des contenus permettrait de repérer en amont ceux d'entre eux qui sont illicites afin qu'ils ne soient jamais accessibles aux utilisateurs finaux[1196]. Tel était l'un des enjeux principaux de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, enjeu qui a suscité de vives controverses et entraîné un *lobbying* intense[1197].

[1195] Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., p. 11.

[1196] Sur ce point, v. notamment Van Enis Q., Les mesures de filtrage et le blocage des contenus sur internet : un mal (vraiment) nécessaire ? Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°96, 2013, p. 877 ; Manara C., Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM, RLDI, n°76, 2011.

[1197] V. *supra*, n°609.

604. Or les intermédiaires fournisseurs de liens, à savoir les moteurs de recherche, certains agrégateurs de contenus et les médias sociaux, sont au cœur des problématiques relatives au filtrage. De fait, si le retrait d'un hyperlien n'a pas pour effet d'empêcher la présence en ligne d'un contenu, il contribue fortement à le rendre moins visible auprès du public. Le filtrage des liens vers des contenus illicites représente donc un intérêt majeur dans la lutte contre la diffusion de l'illicite en ligne. Ce filtrage ne saurait cependant être exercé sans limite.

605. La directive 2000/31 s'oppose ainsi à ce que les prestataires intermédiaires exercent un contrôle total des contenus dont ils ont la charge. Cette interdiction est posée à l'article 15 de la directive. Son § 1 énonce que les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires intermédiaires « *une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». L'interdiction de la surveillance générale et active des contenus est le « corollaire »[1198] nécessaire de l'obligation de neutralité des prestataires intermédiaires. Cette surveillance serait ainsi en inadéquation avec le rôle passif qui est attendu du prestataire intermédiaire, conformément au considérant 42 de la directive 2000/31. *A fortiori*, il faut donc également en déduire que les prestataires intermédiaires ne sauraient, de leur propre chef, exercer un contrôle généralisé et actif sur l'ensemble des contenus qu'ils véhiculent. Conformément à notre approche, cette interdiction de surveillance généralisée et active a vocation à être étendue aux intermédiaires fournisseurs de liens. À ce titre, un tri systématique et généralisé parmi les contenus liés en considération de leur licéité est prohibé. Une telle pratique s'apparenterait une surveillance systématique de la licéité de l'ensemble des contenus liés, surveillance interdite par l'article 15 de la directive 2000/31/CE.

606. La logique de l'article 15 va dans le sens de la liberté de lier. En effet, les prestataires intermédiaires fournissant des liens ne devraient pas être contraints d'opérer un choix *a priori* afin de déterminer si un contenu doit être lié ou non. Pour les utilisateurs des liens, il s'en suit que le risque est limité de voir certains contenus non référencés, ou certains liens posés par eux sur les réseaux sociaux interdits. Le principe de l'absence filtrage de liens favorise ainsi l'exercice de la liberté d'expression et d'information sur Internet à travers le lien. En revanche, le droit de l'Union ne s'oppose pas à un filtrage ciblé des contenus liés illicites, dès lors qu'il est réalisé dans le cadre d'une surveillance spécifique de ces derniers. Ce filtrage est même encouragé par l'Union européenne afin de lutter plus efficacement contre la dissémination de contenus illicites en ligne.

[1198] Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, *op. cit.*, n°871.

2° Le filtrage ciblé des contenus liés : une source de danger pour la liberté de lier

607. Traditionnellement, la lutte contre la diffusion de l'illicite en ligne était fondée sur la possibilité offerte par la directive 2000/31/CE aux États membres de prévoir des actions en cessation. Le considérant 45 de la directive 2000/31/CE énonce que le régime de responsabilité limitée bénéficiant aux prestataires intermédiaires n'interdit pas aux États membres de prévoir des actions en cessation. Ces dernières peuvent « *notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible* ». L'énoncé est repris à l'article 14 § 3 sur la responsabilité des hébergeurs. Par ailleurs, les articles 8 § 3 de la directive 2001/29 et 11 § 3 de la directive 2004/48/CE exigent des États membres qu'ils prévoient de telles actions en cessation en matière de protection de la propriété intellectuelle. Le droit européen offre donc la possibilité aux États membres d'enjoindre aux intermédiaires, non seulement de cesser de permettre l'accès à un contenu illicite, mais également de prévenir sa mise à disposition. En dépit de l'interdiction de surveillance généralisée, la prévention de la diffusion de contenu illicite par la surveillance desdits contenus est prévue par le droit de l'UE.

608. La CJUE a confirmé, dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay*, la possibilité d'un tel filtrage sur la base d'une injonction judiciaire ou administrative. Elle a estimé que le droit de l'Union permet *« d'enjoindre au prestataire d'un service en ligne* [...] *de prendre des mesures qui contribuent de façon effective, non seulement à mettre fin aux atteintes portées au moyen de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes* »[1199]. De telles mesures ont pu être prises contre des moteurs de recherche au sein des États membres. En France, dans l'emblématique *Allostreaming*, le TGI de Paris a ainsi ordonné à des fournisseurs de moteurs de recherche le déréférencement des sites pirates de la galaxie *Allostreaming*[1200], dans le cadre d'une action en cessation[1201]. La seule limite à ce déréférencement provient du fait qu'il ne doit pas résulter d'une surveillance générale et active des contenus liés, conformément à l'article 15 § 1 de

[1199] CJUE 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, p. I-06011, point 131.

[1200] TGI de Paris, réf., 8 nov. 2013, Association des producteurs de cinéma [APC], Fédération nationale des distributeurs de films [FNDF], Syndicat de l'édition vidéo numérique [SEVN] et a. c/ Auchan Telecom et a.

[1201] Plus exactement au titre de l'article L. 336-2 du Code français de la propriété intellectuelle. Cette disposition dite « référé droit d'auteur » prévoit que le juge peut ordonner, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier.

la directive 2000/31/CE[1202]. Dans les arrêts *Scarlet extended*[1203] et *SABAM c. Netlog*[1204], la Cour de justice a d'ailleurs expressément consacré l'interdiction d'un blocage qui impliquerait la surveillance de la totalité des contenus véhiculés par l'intermédiaire. Nous reviendrons sur cet aspect lorsque nous aborderons la délimitation du filtrage ciblé des contenus liés[1205].

609. Dans un contexte européen où les plateformes en ligne, y compris celles fournissant des liens, contribuent activement à la diffusion de l'illicite en ligne, les actions en cessation sont toutefois perçues par le législateur de l'Union comme insuffisantes[1206]. La tendance est au renforcement des obligations des plateformes en ligne concernant la cessation et à la prévention de l'illicite. La communication de la Commission européenne sur la responsabilité des plateformes en ligne est claire : en raison « *de l'importance de leur rôle et de leurs ressources ainsi que des responsabilités qui en découlent, les plateformes en ligne devraient ne pas se contenter de réagir aux signalements qu'elles reçoivent mais adopter également des mesures proactives efficaces pour détecter et supprimer les contenus illicites en ligne* »[1207]. L'affirmation est réitérée au § 18 de la récente recommandation sur les mesures destinées à lutter contre les contenus illicites en ligne[1208] : « *les prestataires de services d'hébergement devraient être encouragés à prendre, lorsque cela se justifie, des mesures proactives proportionnées et spécifiques en matière de contenus illicites* ». Par identité de motifs, les intermédiaires fournisseurs de liens ne devraient donc plus se contenter de réagir ; ils devraient de leur propre chef prendre des mesures afin de détecter en amont les contenus illicites, de manière à ne pas les référencer. À cette fin, la recommandation incite à recourir « *à des procédés automatisés de détection de contenus illicites* ». De ce fait, les intermédiaires fournisseurs de liens pourraient devoir mettre en place des « *algorithmes d'appariement fondés sur un éventail de technologies qui vont du simple filtrage des métadonnées au hachage des contenus et à l'empreinte digitale numérique* », afin de prévenir le référencement de contenus illicites[1209]. Il est en outre précisé aux § 36 et 37 de la recommandation que de telles mesures devraient être particulièrement effectives en matière de contenus terroristes. Comme nous l'avons déjà expliqué, la Commission

---

1202 *Ibid*., point 139.

1203 CJUE 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, Rec. général, p. I-11959.

1204 CJUE 6 février 2012, *SABAM*, préc.

1205 V. *infra*, n°634 et s.

1206 V. Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc.

1207 Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, COM (2017) 555 final, 28/09/2017, p. 11 et 12.

1208 Commission européenne, Recommandation (UE) 2018/334 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, JOUE L 63, p. 53.

1209 Comp. Commission européenne, Lutter contre les contenus illicites en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, préc., 13.

européenne a clairement précisé qu'un tel filtrage ne remettait pas en cause le rôle passif et la neutralité du prestataire intermédiaire à la condition qu'il soit suffisamment général et non discriminant. Le fournisseur de liens neutres qui s'y prêterait pourrait ainsi continuer à profiter du régime de responsabilité limitée.

610. Par ailleurs, contrairement à ce que certains auteurs semblent soutenir[1210], ce filtrage proactif et préventif n'est pas nécessairement en contradiction avec l'interdiction d'une surveillance générale et active desdits contenus. La considérant 47 de la directive 2000/31/CE précise explicitement que l'interdiction faite aux États membres d'imposer une obligation générale de surveillance, n'exclut pas des obligations de surveillance applicables à des cas spécifiques. La directive semble d'ailleurs envisager que cette surveillance limitée puisse prendre la forme d'un filtrage des contenus. Le considérant 48 de la directive énonce, en effet, que les États membres peuvent imposer aux hébergeurs « *de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites* ». Enfin le considérant 40 encourage le développement « *de systèmes techniques de protection et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques* ». Un filtrage ciblé dans le cadre d'une surveillance spécifique des contenus liés serait donc en conformité avec la lettre de la directive sur le commerce électronique. Telle était d'ailleurs la position de la Commission européenne dans son premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE[1211].

611. Pour autant, le fait que le filtrage soit ciblé n'est pas, en soi, suffisant pour prévenir des interférences avec la liberté de lier. Tout dépend, en fait, de la délimitation de ce que constitue un filtrage ciblé des contenus liés, par rapport à un filtrage généralisé. À cet égard, il est crucial de déterminer ce que recouvre la possibilité de « prévenir l'apparition de » ou de « détecter » des contenus illicites fixé respectivement à l'article 14 § 3 de la directive 2000/31/CE et au § 18 de la recommandation sur les mesures destinées à lutter contre les contenus illicites en ligne. Les notions de « prévention » et « détection » pourraient renvoyer à l'idée d'une identification et d'un filtrage en amont des contenus illicites, avant que ceux-ci ne soient référencés.

612. Si tel était le cas, un filtrage ciblé préventif, fondé sur la détection des contenus illicites représenterait, dans son principe, une source de danger pour la liberté de lier, peu important qu'il découle

---

[1210] V. notamment Frosio G., The death of 'No monitoring' obligations : a story of untameable monsters, JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 199 ; Frosio, G., From horizontal to vertical : an intermediary liability eathquake in Europe, Journal of Intellectual Property & Practise, Vol. 12, n°7, 2016, p. 565, spéc, p. 571 et s. ; Frosio G., To filter, or not to filter. That is the question in EU copyright reform, CEIPI, Research Paper, n°016, 2017 ; Belli L., Sappa C., The intermediary conundrum. Cyber-regulators, cyber-police or both ? JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 183, n°43.

[1211] Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702 final, 23/11/2003, p. 15.

d'une injonction judiciaire ou administrative, ou qu'il résulte d'une attitude proactive de l'intermédiaire. Il y a plusieurs raisons à cela, tant du côté des fournisseurs de liens que du côté des utilisateurs des liens. S'agissant des fournisseurs de liens, le filtrage des contenus illicites, même s'il est ciblé, est susceptible de contrarier leur activité. Pour reprendre une métaphore employée par Monsieur Cédric Manara, que le filtrage soit ciblé ou non, le fournisseur de liens devra dans les deux cas immerger un filet, puis le dimensionner afin d'attraper tel ou tel type de poisson[1212]. Pour filer la métaphore, dans le cadre d'un filtrage ciblé, la taille du filet et les mailles du filet seront simplement d'une dimension moindre par rapport à un filtrage généralisé. De la sorte, le filtrage ciblé des contenus liés représente une contrainte technique et financière pour les fournisseurs de liens.

613. Le filtrage ciblé proactif et préventif est également susceptible d'avoir un impact négatif sur la capacité des utilisateurs de liens à exercer leur liberté d'expression et d'information à travers l'hyperlien. Il est effectivement souvent argué, à l'encontre du filtrage proactif et préventif, que le fait de confier ce dernier aux prestataires intermédiaires reviendrait à instaurer une forme de régulation privée des contenus d'Internet[1213]. Ces intermédiaires se verraient en effet confier le pouvoir de décider ce qui doit être accessible ou non, au détriment éventuel de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs des liens, ainsi que de la liberté d'entreprendre des utilisateurs professionnels[1214]. Il pourrait aussi être craint que pareil filtrage ne menace la liberté des médias, ainsi que leur pluralisme, garantis à l'article 11 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Tel pourrait être le cas s'il s'avère que le filtrage est en fait détourné afin d'empêcher l'accès en ligne à certains types de sources, de discours ou de problématiques[1215]. En matière d'hyperliens, la problématique est identique : la suppression des liens vers un contenu, par exemple au sein d'un moteur de recherche, entraîne pour ce dernier une perte de visibilité parmi la masse d'informations présente sur Internet. Le risque est qu'une politique de déréférencement soit biaisée, en ne ciblant que certains types de contenus illicites, ou soit inappropriée et disproportionnée, en déréférençant

---

[1212] Manara C., Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM, préc.

[1213] Sur ce point Frosio G., The death of 'No monitoring' obligations : a story of untameable monsters, n°7, préc., Frosio G., Reforming Intermediary Liability in the plateform economy : a european digital single market strategy, Northwestern University Law Review, Vol. 112, n°19, 2017, p. 25 ; Dubuisson F., Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression, *op. cit.* ; Belli L., Sappa C., The intermediary conundrum. Cyber-regulators, cyber-police or both ? JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 183, spéc., n° 44 ; Stalla-Bourdillon, S., Sometimes one is not enough! Securing freedom of expression, encouraging private regulation, or subsidizing Internet intermediaries or all three at the same time : the dilemma of Internet intermediaries' liability, Journal of Internation Communication Law and Technology, Vol. 7, n°2, 2012 ; Kuczerawy A., The power of positive Thinking. Intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression, JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, n°4 et n°31 ; Montero E., Van Enis Q., Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposée aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle, RLDI n°61, 2010, n°10 ; Vivant M., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP G, n°45, 1999, n°10.

[1214] Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012, Thèse, Amsterdam, 386 p., p. 138 et s.

[1215] *Ibid*., p. 140.

des contenus licites. Le droit de l'Union contient cependant des garde-fous de nature à limiter les risques d'interférence entre le filtrage ciblé et la liberté de lier.

B. Un filtrage encadré, limitant les interférences avec la liberté de lier

614. Au regard de l'architecture générale de la directive 2000/31/CE, les prestataires intermédiaires ne sont autorisés à pratiquer qu'un filtrage ciblé des contenus. Les intermédiaires fournisseurs d'hyperliens sont eux aussi concernés. Reste en suspens le point de savoir quelle est la portée précise de ce filtrage ciblé, ce dont dépend la liberté de lier. À cet égard, la CJUE a précisé le champ d'application des mesures de filtrage et de blocage pouvant être adoptées par les prestataires intermédiaires. Du point de vue de la fourniture de liens, il résulte de cette jurisprudence que la portée du filtrage est précisément limitée (1). Par ailleurs, cette jurisprudence, ainsi que la recommandation de la Commission européenne précitée, ont également prévu de mesures visant à assurer que le filtrage mis en place est effectivement adéquat et limitée. De la sorte, ces mesures permettent de protéger les utilisateurs des liens (2).

1° Un filtrage strictement limité des contenus liés au regard de la jurisprudence de la Cour de justice

615. Dans plusieurs arrêts importants - les arrêts *Scarlet Extended*[1216], *SABAM*[1217] et *UPC Telekabel*[1218], la CJUE a apporté des précisions sur le champ d'application des mesures de filtrage et de blocage prises par les prestataires intermédiaires dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon en ligne. Ces arrêts ont donné l'occasion à la Cour de définir les principes selon lesquels doivent être conciliés les intérêts des titulaires de droits, d'une part, et les intérêts des prestataires intermédiaires et de leurs utilisateurs, d'autre part. Il découle de ces principes que le filtrage mis en place par un intermédiaire fournisseur de liens ne peut aboutir qu'à un déréférencement limité dans le temps, ciblé et curatif. Cette limite au filtrage est imposée, selon la Cour, par le respect de l'équilibre des droits fondamentaux des parties en présence (a). Par ailleurs, selon la Cour, il convient de laisser l'intermédiaire libre de définir les modalités du filtrage, sous réserve d'efficacité. En matière d'hyperliens, il en découle que le fournisseur de liens dispose d'une large marge de manœuvre quant aux modalités de déréférencement de l'illicite (b). Toutefois, à l'heure

[1216] CJUE 24 novembre 2011, *Scarlet Extended,* préc.
[1217] CJUE 6 février 2012, *SABAM*, préc.
[1218] CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rec. général.

actuelle, l'imputation du coût du déréférencement reste incertaine au regard de la jurisprudence de la CJUE (c).

a) Un déréférencement limité dans le temps, ciblé et curatif, respectant l'équilibre des droits fondamentaux

616. L'arrêt *Scarlet Extended* du 24 novembre 2011 est le premier arrêt dans lequel la Cour a précisé la portée de l'obligation de filtrage qui peut être imposée à un prestataire intermédiaire. L'affaire opposait une société de gestion collective belge, la SABAM qui souhaitait qu'il soit enjoint au FAI belge, *Scarlet*, de bloquer la circulation des œuvres appartenant à son répertoire. Dans ce contexte, la Cour fut saisie de plusieurs questions préjudicielles. Ces dernières portaient sur le point de savoir si le droit de l'Union européenne, apprécié à la lumière des droits fondamentaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une injonction faite à un FAI de mettre en place un système de filtrage capable d'identifier et de bloquer toutes les œuvres litigieuses, sur son réseau, à titre préventif, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps[1219]. La Cour a estimé qu'un tel filtrage obligerait l'intermédiaire à contrôler la totalité ou la quasi-totalité des contenus dont il a la charge, à identifier ceux qui sont susceptibles d'être illicites et, enfin, à opérer le blocage de ces contenus[1220]. La Cour en a déduit qu'« *une telle surveillance préventive exigerait une observation active de la totalité des communications électroniques réalisées sur le réseau du FAI concerné et, partant, elle engloberait toute information à transmettre et tout client utilisant ce réseau* »[1221]. Dès lors, pour la Cour, un tel système de filtrage est incompatible avec l'interdiction de surveillance généralisée de l'article 15 § 1 de la directive 2000/31/CE.

617. En outre, afin d'apprécier la validité de ce filtrage, la Cour estime qu'il convient de tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux. Sur cette question, la Cour a relevé que la protection de la propriété intellectuelle permise par le filtrage doit être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux[1222]. En l'espèce, il s'agissait de la liberté d'entreprise du prestataire intermédiaire et, du côté des utilisateurs, de la protection des données à caractère personnel et de la liberté de recevoir ou de communiquer des informations. La Cour a, en effet, considéré qu'un système de filtrage *in abstracto* et à titre préventif serait contraire au premier de ces droits fondamentaux en ce qu'il obligerait l'intermédiaire

[1219] CJUE 24 novembre 2011, *Scarlet Extended,* préc., point 29.
[1220] *Ibid*., point 38.
[1221] *Ibid*., point 39.
[1222] *Ibid*., point 41.

« *à mettre en place un système informatique complexe, coûteux, permanent et à ses seuls frais* »[1223]. La protection des données personnelles des utilisateurs serait, elle, mise à mal en ce qu'un tel système de filtrage obligerait l'intermédiaire à collecter et à traiter massivement les données personnelles de ses utilisateurs au travers de leur adresse IP[1224]. Enfin, selon la Cour, ce filtrage se heurterait à la protection de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs puisqu'il risquerait de distinguer insuffisamment entre un contenu licite et un contenu illicite, de sorte qu'un contenu licite pourrait être bloqué[1225].

618. À cet égard, la Cour a précisé qu'un tel filtrage conduirait à ignorer le contexte de transmission du contenu, alors même qu'il peut s'agir d'un élément déterminant pour en apprécier la licéité. La Cour donne l'exemple du droit d'auteur. Au regard de ce droit, la légalité d'une transmission peut dépendre de l'application d'une exception à ce droit exclusif ou du fait que le contenu relève désormais du domaine public[1226]. L'arrêt *Scarlet* a ainsi permis à la Cour de préciser quel type de filtrage est prohibé par le droit de l'Union européenne. Si cet arrêt concernait un FAI, l'arrêt *SABAM c. Netlog*, rendu quelques mois plus tard, parviendra aux mêmes conclusions s'agissant de mesures de filtrage préventives et indéterminées imposées à un réseau social[1227]. C'est donc l'ensemble des prestataires intermédiaires qui sont soumis aux mêmes limites en matière de filtrage. De la sorte, il y a lieu de considérer que le cadre défini dans ces arrêts a vocation à s'appliquer aux intermédiaires fournisseurs de liens.

619. En matière de fourniture de liens, il faut considérer que la « prévention » et la « détection » des contenus illicites ne doivent pas être assimilées à une obligation d'identifier, en amont, les contenus illicites parmi la masse des contenus liés. Les arrêts de la Cour sont clairs sur cet aspect : point de filtrage préventif, généralisé et indéterminé. Il y a donc lieu d'estimer que la « prévention » et la « détection » renvoient à l'idée que l'intermédiaire, en l'occurrence le fournisseur de liens, peut filtrer le référencement d'un même contenu illicite réapparu sur Internet. C'est dans cette optique qu'il faut, nous semble-t-il, comprendre la référence faite par la Commission européenne[1228], à la nécessité pour les intermédiaires de recourir à des

---

[1223] *Ibid*., point 49.

[1224] *Ibid*., point 51.

[1225] *Ibid*., point 52.

[1226] Un fait divers récent permet illustrer cette hypothèse : le 4 septembre 2018 un pianiste anglais James Rhode a posté une vidéo de son interprétation de l'œuvre de Jean-Sébastien Bach. Cette dernière a été supprimée par *Facebook* au motif qu'elle violerait les droits de Sonic Music Entertainement. Or l'œuvre de Bach, vieille de 300 ans, n'est plus protégée par le droit d'auteur. L'algorithme de Facebook a en fait confondu l'interprétation James Rhode avec celle d'un artiste de Sony. L'algorithme de filtrage de Facebook n'est donc pas conforme à la jurisprudence *Scarlet* puisqu'il ignore le contexte dans lequel le contenu supprimé a été diffusé. Sur ce sujet v. notamment, Pour protéger les droits de Sony, Facebook censure abusivement un pianiste anglais, Lefigaro.fr, 11/09/2018.

[1227] CJUE 6 février 2012, *SABAM*, préc., points 26 et s.

[1228] Comp. Dubuisson F., Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression, *in* Internet et le droit international, Acte du colloque de Rouen de la SFDI, Pedone, 2014, p. 133.

algorithmes d'appariement afin de détecter des contenus illicites : c'est seulement lorsque la détection porte sur un contenu déjà identifié comme illicite par le passé que le filtrage peut être ciblé et individualisé.

620. Par ailleurs, il nous semble qu'un filtrage véritablement approprié et proportionné, au sens où l'entend la CJUE, devrait être interprété de manière suffisamment restrictive. Selon Giancarlo Frosio, cela signifie que l'étendue des infractions possibles et le nombre d'infractions dont il faut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient identifiées doivent être suffisamment restreints[1229]. Enfin, selon le même auteur, cela implique également que l'illicéité des contenus filtrés doit être suffisamment évidente. Ainsi que Patrick Van Eecke l'a relevé[1230], si des critères trop vagues sont utilisés pour déterminer les contenus qui doivent être filtrés (par exemple, « suppression de tous les liens vers des vidéos illicites »), ou si ces critères sont définis de telle sorte que l'intermédiaires doit enquêter sur chaque contenu (par exemple : « suppression tous les liens vers des contenus racistes ») ou s'il est exigé de l'intermédiaire qu'il supprime toutes les variantes du contenu illicite (par exemple : suppression de tous les liens renvoyant vers telle vidéo, peu importe le contexte dans lequel le contenu est disponible), le fournisseur de liens serait soumis à une obligation générale de surveillance[1231].

621. Dans cette perspective, un système de filtrage automatique des liens devrait opérer une différenciation entre le licite et l'illicite en considération de la nature du contenu, de sa source et du contexte dans lequel ce contenu apparaît. La CJUE a expressément soulevé cette exigence dans les arrêts *SABAM* afin de garantir la liberté des utilisateurs d'Internet de communiquer et de recevoir des informations. La Cour avait alors donné l'exemple de l'exception au droit d'auteur, qu'il est parfaitement possible d'étendre à la fourniture de liens. Le cas d'un contenu à caractère terroriste peut également être pris à titre d'illustration. Ce type de contenus aurait légitimement vocation à être filtré lorsqu'il est mis à disposition sur un site notoirement terroriste. Des liens y renvoyant ne devraient alors pas être créés. La solution contraire devrait, selon nous, être admise lorsque que le contexte rend l'illicéité plus incertaine, par exemple lorsque ce contenu est utilisé à des fins journalistiques ou scientifiques. De ce fait, un système de filtrage automatique des liens, qui n'opérerait pas une différenciation suffisante entre le licite et l'illicite, devrait être proscrit. À défaut, il ne satisferait pas à l'exigence de protection de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs d'Internet. L'incompatibilité d'un tel filtrage avec la liberté d'entreprise des

---

1229 Frosio G., To filter, or not to filter. That is the question in EU copyright reform, préc., p. 21.

1230 Van Eecke P., cité par Frosio G., To filter, or not to filter. That is the question in EU copyright reform, préc., p. 21.

1231 Sur le contour d'un filtrage ciblé, v. également Van Enis Q., Les mesures de filtrage et le blocage des contenus sur internet : un mal (vraiment) nécessaire ? Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°96, 2013, p. 877 ; Manara C., Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM, RLDI, n°76, 2011.

utilisateurs professionnels, dont les contenus seraient indûment non référencés, pourrait également être soulevée.

622. Ce cadre imposé au filtrage des contenus liés offre des garanties à la liberté de lier. Le risque qu'un contenu licite ne soit pas référencé ou soit déréférencé est en effet plus limité que si un filtrage préventif et *in abstracto* des contenus liés était possible. De la sorte, ce cadre doit permettre de limiter les atteintes à la liberté d'expression et d'information et à la liberté d'entreprise exercée à travers les hyperliens. S'agissant des fournisseurs de liens, un filtrage véritablement ciblé, qui ne porte que sur un contenu individualisé, est aussi plus respectueux de l'activité de création d'hyperliens. En effet, la charge technique et financière est moindre que dans le cas d'un filtrage qui impliquerait le contrôle de l'ensemble des contenus.

Cet avantage se trouve par ailleurs renforcé par le fait que le fournisseur de liens est libre de choisir les modalités du déréférencement.

b) Un déréférencement selon des modalités choisies par l'intermédiaire, sous réserve d'efficacité

623. L'arrêt *UPC Telekabel*[1232] de la CJUE s'inscrit dans la lignée des arrêts *SABAM* : il est toutefois venu en préciser la portée. Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une série de questions préjudicielles dans des circonstances proches de celles des arrêts *SABAM*. Deux sociétés de production cinématographique demandaient, en effet, à ce qu'il soit ordonné au FAI *UPC Telekabel* de filtrer et de bloquer certains des films qu'elles avaient produits. Parmi les questions préjudicielles posées à la Cour, l'une d'entre elles nous intéresse plus particulièrement : elle concernait effectivement le point de savoir si l'acquis communautaire oblige le juge, à l'origine de l'injonction de filtrage, à préciser les modalités selon lesquelles ce filtrage doit être effectué par le prestataire intermédiaire.

624. La CJUE a tranché et laissé à l'intermédiaire le choix quant aux modalités du filtrage avec une réserve néanmoins : ces mesures doivent être suffisamment efficaces pour décourager la consultation des sites contrefacteurs. En effet, pour la Cour, cette solution est conforme au respect de l'équilibre des droits fondamentaux. Une injonction judiciaire qui laisse le choix à l'intermédiaire des mesures de filtrage et de blocage permet de fait de préserver la substance de la liberté d'entreprise. Elle « *laisse à son destinataire le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé* »[1233]. L'intermédiaire

[1232] CJUE 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien*, préc.
[1233] *Ibid*., point 52.

peut alors choisir de mettre en place des mesures qui sont *« les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose »* et qui sont « *compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité* »[1234]. De surcroît, pareille injonction « *permet à son destinataire de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables* »[1235]. De ce fait, « *le destinataire de cette injonction ne sera pas tenu de faire des sacrifices insupportables* ». Il est donc imposé au prestataire intermédiaire une « obligation de moyens »[1236], afin de parvenir à un filtrage suffisamment efficace pour assurer une protection effective de la propriété intellectuelle[1237]. Par là même, une telle injonction compose également avec une protection adéquate de la propriété intellectuelle. Selon la Cour, il n'est en effet pas nécessaire que le filtrage mis en place à la suite de l'injonction aboutisse à un arrêt des atteintes à la propriété intellectuelle[1238], ce droit fondamental n'étant d'ailleurs pas absolu[1239]. Il suffit simplement que ces mesures aient une efficacité satisfaisante. Enfin, la Cour rappelle que la liberté concédée à l'intermédiaire dans le choix des mesures de filtrage est bornée par le caractère nécessairement ciblé du filtrage[1240] : l'utilisateur ne doit pas voir sa capacité à accéder à des informations licites limitée par les modalités de filtrage choisies par l'intermédiaire. À défaut, la liberté d'expression et d'information des utilisateurs d'Internet serait compromise.

625. Du point de vue de la liberté de lier, cet arrêt apporte d'utiles précisions. Les États membres devraient laisser les intermédiaires fournisseurs de liens libres de choisir les modalités techniques selon lesquelles les contenus liés doivent être déréférencés. Les fournisseurs de liens sont seulement astreints à une obligation de moyens, dans la limite de leur capacité technique et financière. L'obligation est, par conséquent, « ajustable » aux capacités du fournisseur de liens concernés, précision garantissant aux moteurs de recherche et agrégateurs de liens de moindre dimension que le filtrage ne représentera pas un coût déraisonnable pour leur activité. Conformément aux recommandations de la Commission européenne, ces mesures devraient cependant être basées sur des procédés automatiques, afin de respecter l'obligation de passivité à laquelle les intermédiaires sont soumis[1241]. En outre, ces mesures ne devraient pas affecter le référencement de contenus licites afin de ne pas être attentatoires aux droits fondamentaux

---

1234 *Ibid.*

1235 *Ibid.*, point 53.

1236 Marino L., Arrêt *UPC Telekabel* : le blocage des sites pirates devant la CJUE, Obs. sous. CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH c/Constantin Film Verleih GmbH et a., *Legipresse*, n° 317, 2014, p. 345.

1237 CJUE 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien,* préc., point 62.

1238 *Ibid.*, point 58.

1239 *Ibid.*, point 61.

1240 *Ibid.*, point 56.

1241 V. *supra*, n°628.

des utilisateurs de liens. Il s'agit là d'une garantie qui ne doit pas être perçue comme une limite à la liberté de lier. Elle est, au contraire, un moyen d'assurer que l'hyperlien favorise la liberté d'expression et d'information des utilisateurs d'Internet.

L'impact que pourrait avoir le coût financier du déréférencement sur l'activité du poseur de lien est, en revanche, plus incertain. La CJUE n'a en effet pas clairement précisé qui devait supporter la charge financière du filtrage.

c) L'imputation incertaine du coût du déréférencement

626. L'arrêt *UPC Telekabel* ne règle pas la question de savoir qui doit supporter le coût financier du déréférencement. Doit-il être réalisé aux frais exclusif du fournisseur de liens ? Doit-il être supporté par les titulaires de droits de propriété intellectuelle ? Doit-il être partagé ? Cette question est pourtant cruciale, tant pour les premiers que pour les seconds[1242]. Elle est, d'ailleurs, souvent au cœur des litiges qui les opposent.

627. L'affaire française *Allostreaming* est symptomatique de cet enjeu puisque l'imputation du coût du filtrage a été la cause d'un pourvoi en cassation formé par des prestataires intermédiaires[1243]. La question a été également évoquée par la CJUE dans l'arrêt *UPC Telekabel*, sans toutefois qu'il n'y soit apporté de réponse précise. La Cour relève effectivement que les mesures de filtrages sont susceptibles de représenter des frais importants pour l'intermédiaire[1244]. Dans la foulée, elle estime que le choix laissé à l'intermédiaire des mesures qu'il estime les mieux adaptées à ces ressources financières est compatible avec la liberté d'entreprise[1245]. Elle précise ensuite que l'intermédiaire n'étant tenu qu'à une obligation de moyens, visant toutes les mesures raisonnables, il ne lui sera pas imposé un sacrifice financier insupportable[1246]. Au fil de ce raisonnement, la Cour semble ainsi suggérer implicitement que l'intermédiaire devrait assumer le coût du blocage. De la même manière, un intermédiaire fournissant des hyperliens devrait donc supporter de façon exclusive les frais imputables au déréférencement.

[1242] En ce sens, v. Caron C., Exégèse de l'article L.336-2 du code la propriété intellectuelle, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 118 ; Le Goffic C., Décision Allostreaming : la Cour de cassation valide l'imputation des coûts de blocage aux intermédiaires techniques, Dalloz, 2017, p. 2016.

[1243] Cass. civ, 6 juillet 2017, n°16-17217 , 16-18298, 16-18348, 16-18595, SFR, Orange, Free et a. c/ Union des producteurs de cinéma et a.

[1244] CJUE 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien*, préc., point 50.

[1245] *Ibid*., point 52.

[1246] *Ibid*., point 53.

628. Telle fut d'ailleurs l'interprétation que la Cour de cassation française fit de la jurisprudence *UPC Telekabel* dans l'affaire *Allostreaming*. La Cour de cassation a tout d'abord estimé que l'imputation du coût des mesures de filtrage « *exclusivement à la charge de l'intermédiaire technique concerné ne porte pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise de ce dernier, dès lors que lui est laissé le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé* ». Il n'en n'irait pas ainsi « *si ces mesures exigeaient de lui de faire des sacrifices insupportables, ce qu'il lui appartient de démontrer* ».

629. L'imputation, à titre exclusif, des frais de filtrage et de déréférencement aux intermédiaires est-elle de nature à remettre en cause la liberté de lier ? Nous ne le pensons pas : l'intermédiaire fournisseur d'hyperliens n'est soumis qu'à une obligation de moyens, en proportion de ces capacités techniques et financières. De la sorte, un tel filtrage n'est pas censé représenter une charge insupportable[1247]. En revanche, si tel devait être le cas, le coût du filtrage serait disproportionné. Par conséquent, ce filtrage ne devrait pas être imposé à la charge exclusive du fournisseur de liens, conformément à l'arrêt *UPC Telekabel*. Ainsi, l'imputation du coût du filtrage au fournisseur de lien ne pourra donc jamais conduire à remettre en cause son activité. Cette issue nous semble donc compatible avec la liberté de lier.

630. Malgré tout, les limites imposées au filtrage des contenus liés par la jurisprudence de la CJUE ne règlent pas la totalité des conséquences éventuelles de ce filtrage sur la liberté de lier. Il reste encore à garantir que le filtrage mis en place est bien conforme au cadre posé par la Cour de justice. Autrement dit, se pose le problème du contrôle de ce filtrage à l'aune de la liberté de lier.

2° Un filtrage soumis à des mesures de contrôle permettant la protection des utilisateurs des hyperliens

631. L'existence de mécanismes de contrôle du filtrage opéré par les intermédiaires est primordiale au regard de la liberté de lier. Il s'agit de s'assurer qu'un filtrage prétendument ciblé ne soit, en vérité, un filtrage disproportionné, qui porte atteinte aux libertés fondamentales des utilisateurs de liens. Or le droit de l'Union prévoit de tels mécanismes de contrôle. Ce contrôle peut tout d'abord être le fait du juge à l'occasion d'une action en cessation. La CJUE a, en effet, remarqué la nécessité d'instaurer un contrôle judiciaire du filtrage, dès 2014, dans *l'arrêt UPC Telekabel* (a). De manière distincte, la Commission européenne a également prévu des mesures semblables qui paraîssent toutefois restreintes au filtrage

[1247] *Ibid.*

proactif des contenus par l'intermédiaire. À ce titre, le déréférencement opéré de sa propre initiative par le fournisseur de liens a vocation à être encadré par des mesures de sauvegarde et de transparence (b).

a) Un contrôle par le juge en cas de déréférencement opéré dans le cadre d'une action en cessation

632. Dans l'arrêt *UPC Telekabel*, la CJUE a estimé que l'obligation d'un filtrage ciblé n'était pas suffisante pour parvenir à un juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties prenantes. Au nom de la sécurité juridique de l'intermédiaire et, surtout, du droit fondamental de l'utilisateur d'Internet à la liberté d'information, la Cour a jugé que les juridictions nationales doivent être en capacité de contrôler l'adéquation du filtrage à une lutte efficace et proportionnée contre la diffusion de contenus contrefaisants en ligne.

633. Dans cette optique, la Cour a prévu un double niveau de contrôle : premièrement, une fois les mesures de filtrage prises, l'intermédiaire doit avoir la possibilité de faire valoir devant le juge que ces mesures étaient bien celles qui pouvaient être attendues de lui afin d'empêcher la diffusion du contenu illicite[1248]. De la sorte, au stade de la procédure, le juge peut se voir confier le soin de vérifier que le filtrage est efficace tout en étant proportionné. Deuxièmement, la CJUE a également prévu un dispositif d'alerte au profit des utilisateurs. Ces derniers doivent ainsi pouvoir faire « *valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet* »[1249]. Il s'agit ainsi de permettre aux juges nationaux de contrôler que le filtrage mis en place est ciblé et en adéquation avec le droit fondamental des utilisateurs à la liberté d'information. La conséquence est que les États membres ont à prévoir dans leur droit, une voie de recours contre un filtrage abusif, au profit des internautes[1250].

634. En matière d'hyperliens, cela signifie que l'intermédiaire devrait, à la suite d'une injonction de filtrage, communiquer aux utilisateurs les contenus déréférencés ainsi que les modalités techniques selon lesquelles ce déréférencement est réalisé. À cette fin, des mesures de publicité devraient être mises en place sur les services du fournisseur de liens afin de détailler les mesures de filtrage. De la sorte, les utilisateurs de liens seraient effectivement en position de contester, le cas échéant, l'adéquation du filtrage à leur droit fondamental à la liberté d'information. Ceci est heureux pour la liberté de lier : le juge dispose de l'expertise et de la fonction adéquate pour effectuer la balance des droits fondamentaux et protéger les

---

[1248] *Ibid*., point 54.

[1249] *Ibid*., point 57.

[1250] En ce sens Bruguière J-M., obs. sous. CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH,* Propr Intell., n°52, 2014, p. 288.

utilisateurs des liens. Cela permettra d'éviter que le filtrage ciblé ne dérive, éventuellement, vers un arbitrage privé de ce qui doit, ou ne doit pas, être référencé. Partant, ce contrôle judiciaire permet de juguler le risque que le filtrage ne trouble la liberté de lier dans sa finalité : faciliter l'exercice de la liberté d'expression et d'information sur Internet.

Au-delà du contrôle judiciaire des mesures de filtrage des contenus liés, le droit de l'Union européenne régit aussi le filtrage proactif mis en place par les intermédiaires fournisseurs de liens.

b) Un contrôle par des mesures de sauvegarde et de transparence dans le cadre d'un déréférencement proactif

635. La recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, adoptée récemment, encourage les hébergeurs à opérer une détection et un filtrage proactif des contenus illicites. Il existe un risque important que ces intermédiaires, y compris ceux fournissant des liens, utilisent ce nouveau cadre pour effectuer un filtrage abusif ou disproportionné. Afin de juguler ce risque, deux dispositifs ont été mis en place par la Commission européenne dans sa recommandation.

636. Le premier concerne l'obligation pour les intermédiaires de prévoir des mesures de sauvegarde en cas de retrait de contenus prétendument illicites. Le § 19 de la recommandation prévoit ainsi que des mesures de sauvegarde doivent être prises afin d'éviter que les intermédiaires ne retirent ou n'empêchent l'accès à des contenus licites. Le § 20 précise que ces mesures de sauvegarde « *devraient notamment consister en une surveillance et en des vérifications humaines, lorsque cela se justifie, et à tout le moins lorsqu'une évaluation détaillée du contexte pertinent est requise pour déterminer si le contenu doit être considéré comme du contenu illicite ou non* ». Il nous semble ainsi que de telles garanties permettent d'assurer que le filtrage des contenus liés soit véritablement ciblé : seuls les contenus expressément illicites pourront être automatiquement déréférencés. Dans le cas contraire, une expertise humaine devra décider au regard du contexte que le contenu est effectivement illicite. Les intermédiaires devraient donc se fixer pour objectif de prendre toutes les dispositions nécessaires afin de garantir un filtrage « sur mesure » des contenus liés illicites.

637. Ces garanties sont complétées par une obligation de transparence adressée aux intermédiaires. Le § 16 de la recommandation préconise que les intermédiaires auraient à « *publier des explications claires, aisément compréhensibles et suffisamment détaillées au sujet de leur politique en matière de retrait de contenus ou de blocage de l'accès* ». Le § 17 précise en outre que les intermédiaires devraient « *publier, à intervalles réguliers, et de préférence au moins une fois par an, des rapports sur leurs activités relatives*

au retrait de contenus considérés comme illicites ou au blocage de l'accès à ces derniers ». Par ailleurs, le § 23 de la recommandation insiste sur le fait que ces mesures de transparence devraient être mises en œuvre *ex ante*, dès la communication des CGU. Cette obligation de transparence devrait permettre à la Commission européenne, mais également aux utilisateurs, de vérifier que le filtrage des liens est effectivement ciblé et qu'il distingue entre les contenus manifestement illicites et ceux qui ne le sont pas.

638. Ces obligations devraient en outre inciter les moteurs de recherche, les agrégateurs de liens et les médias sociaux à adopter un comportement vertueux en matière de déréférencement des contenus illicites. À défaut, les utilisateurs des services fournissant des liens pourraient se diriger vers un concurrent plus respectueux de la liberté de lier. Nous estimons ainsi ces garanties sont en adéquation avec la finalité de la liberté de lier : favoriser la liberté d'expression et d'information des utilisateurs d'Internet en concourant au bon fonctionnement de ce réseau.

Conclusion de la section 2

639. Les développements précédents nous ont permis de montrer que les intermédiaires fournisseurs de liens - les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus ou les médias sociaux - sont régis par un régime de responsabilité limitée du fait du contenu lié. Ce régime est favorable à la liberté de lier puisque la mise en jeu de la responsabilité de ces intermédiaires ne peut pas être automatique lorsqu'ils renvoient vers un contenu illicite. Leur responsabilité ne peut être engagée que dans le cas où ils n'auraient pas déréférencé un contenu dont ils savaient qu'il était manifestement illicite. Ce régime est de ce fait incitatif : les intermédiaires fournisseurs peuvent mener leur activité sans se soucier *a priori* de l'éventuelle illicéité du contenu pointé. Ce n'est qu'*a posteriori* que le lien devra éventuellement être supprimé, dans le cas où l'intermédiaire qui l'a fourni prendrait la connaissance de l'illicéité du contenu lié. Le risque de voir un contenu non référencé est donc moindre. À ce titre, ce régime a un effet positif sur la capacité des utilisateurs à exercer leur liberté d'expression et d'information, ainsi que leur liberté d'entreprise à travers l'hyperlien. Par ailleurs, les modalités de prise de connaissance de l'illicéité des contenus sont strictement encadrées. De la sorte, elles ne reviennent pas à obliger l'intermédiaire à exercer un contrôle systématique sur les contenus liés, au détriment de la liberté de lier.

640. Une conclusion similaire s'impose quant aux obligations de filtrage auxquelles ce régime soumet les fournisseurs de liens dans le cadre de la lutte contre la diffusion de l'illicite. L'acquis communautaire, tel qu'interprété par la CJUE est clair sur ce point : le filtrage et le déréférencement des contenus liés ne doivent ni être préventifs, ni être effectués *in abstracto* sur l'ensemble de ces contenus. À défaut de quoi, un tel filtrage serait en rupture avec le principe de neutralité, qui gouverne le régime de responsabilité des

intermédiaires, ainsi qu'avec son corollaire : l'interdiction d'une surveillance générale des contenus. Un tel filtrage serait également incompatible avec le droit de l'UE dans la mesure où il porterait atteinte à la liberté d'entreprise ainsi qu'à la liberté d'expression et d'information. Des procédures de contrôle permettent de garantir que ce filtrage est effectivement ciblé et respectueux des droits fondamentaux des acteurs précités. De la sorte, les risques d'interférence entre les obligations de filtrage et la liberté de lier sont limités.

Conclusion du chapitre 1

641. L'hyperlien, et plus précisément les plateformes fournissant des hyperliens sont au cœur de la diffusion des contenus illicites sur Internet. Ces dernières ont pour effet, grâce aux hyperliens, de rendre ces contenus illicites plus visibles auprès des internautes. À ce titre ; l'hyperlien joue un rôle « d'amplificateur » de l'illicite en ligne et soulève donc d'importants enjeux relatifs à la responsabilité des fournisseurs de liens du fait de l'illicéité du contenu lié. Ces enjeux sont d'autant plus prégnants que la Commission européenne et les États membres souhaitent que les plateformes, notamment celles fournissant des hyperliens, participent plus activement à la lutte contre l'illicite en ligne. Aucun texte de droit de l'Union ne régit pour autant la responsabilité des poseurs de liens, pas même la directive 2000/31/CE qui encadre la responsabilité des prestataires intermédiaires.

642. Nous avons cependant montré que certains fournisseurs de liens pouvaient relever de la catégorie des prestataires intermédiaires et, plus précisément, de la catégorie des hébergeurs. Tel est le cas des moteurs de recherche et des plateformes distribuant des liens posés par leur utilisateur. Ces prestataires sont en effet susceptibles d'exercer une fonction d'intermédiation en ce sens que leur activité est neutre eu égard au contenu lié, au sens où la CJUE l'a défini dans l'arrêt *Google AdWords*. La Commission européenne semble d'ailleurs avoir entériné une telle approche dans ses récentes initiatives sur la régulation des plateformes. Cette neutralité permet aux opérateurs précités de bénéficier d'un régime de responsabilité favorable à la liberté de lier : le régime des hébergeurs prévu à l'article 14 de la directive 2000/31/CE. Sur cette question, nous avons pu observer que les dérogations de responsabilité applicables à l'activité de fourniture de liens avaient vocation à protéger la fonction d'intermédiation jouée par cette dernière. L'encadrement des obligations de filtrage et de déréférencement de l'illicite, auxquelles le fournisseur de liens peut être assujetti, participe également de la protection de cette fonction d'intermédiation. En revanche, lorsque le fournisseur de liens renvoie en connaissance de cause vers un contenu illicite, ces limitations ne s'appliquent plus. Dans ce cas, l'hyperlien contribue activement et délibérément à la diffusion illicite, de sorte qu'il n'est plus un simple instrument d'intermédiation entre un fournisseur de contenus et un utilisateur.

643. Ce chapitre aura ainsi permis de mettre en évidence que l'appréhension européenne de la responsabilité du fait du contenu lié est favorable à la liberté de lier, en raison de la fonction d'intermédiation jouée par le lien. À partir du moment où le fournisseur automatique de liens s'écarte de cette fonction, cette liberté n'a plus lieu d'être. En conséquence, le fournisseur de lien peut être pleinement responsable de l'illicéité du contenu lié. Par ailleurs, ce schéma correspond à la philosophie sous-tendant la directive 2000/31/CE : la fonction d'intermédiation jouée par l'hyperlien est indispensable au

développement du commerce électronique et à l'exercice de la liberté d'expression en ligne[1251]. Le droit de l'UE a donc vocation à lui être favorable à travers des dérogations de responsabilité. Dès lors que le lien ne joue plus un rôle d'intermédiaire, la solution inverse s'impose.

644. Cette appréhension du régime de responsabilité du fait du contenu lié demanderait cependant à être précisée et clarifiée. Le fait qu'elle se déduise de la jurisprudence de la CJUE et des principes gouvernant la responsabilité des prestataires intermédiaires, sans qu'aucun texte n'en précise la portée exacte, la rend en effet instable. Cette instabilité est d'autant plus forte que l'application du régime de responsabilité des hébergeurs aux plateformes, dont font partie les intermédiaires fournisseurs de liens, est fréquemment remise en cause.

[1251] En ce sens, Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702 final, 23/11/2003, p. 14.

Chapitre 2. - La nécessaire clarification du régime de responsabilité applicable aux intermédiaires fournisseurs de liens

645. Les récentes initiatives de la Commission européenne ne laissent pas de place aux doutes : la responsabilisation des plateformes en ligne est l'une des priorités de l'Union européenne dans le domaine du numérique[1252]. Comme nous l'avons présenté, le renforcement des obligations de filtrage à la charge des plateformes est l'un des moyens envisagés par la Commission européenne pour juguler la dissémination des contenus illicites. Ce moyen n'est cependant pas le seul. La Commission européenne envisage aussi de rendre les plateformes pleinement responsables du contenu qu'elles hébergent. La proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique en est une illustration topique[1253]. Les médias sociaux, comme *Facebook*, et les plateformes de partage de vidéo, à l'instar de *YouTube*, sont, dans ce contexte, particulièrement visés.

646. Cette remise en cause de l'application du régime de responsabilité limitée des hébergeurs aux plateformes pourrait aussi concerner certains fournisseurs de liens. Quelques propositions, essentiellement doctrinales, vont également dans ce sens. Le régime de responsabilité limitée, auquel les fournisseurs automatiques de liens peuvent prétendre, apparaît ainsi contesté (**Section 1**). Cette contestation a pour effet de mettre en lumière la précarité du statut des fournisseurs de liens face à l'absence de régime de responsabilité spécifique. La consécration d'un tel régime en droit de l'Union européenne permettrait de remédier à cette situation. Dans les développements qui suivront l'approche méthodologique retenue sera, en conséquence, critique, prescriptive et normative. Il ne s'agira donc pas uniquement de mener une analyse sur le terrain du droit positif mais aussi d'adopter une posture prospective (**Section 2**).

[1252] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016, p. 11 et 12.

[1253] Commission européenne, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 Final du 14 septembre 2016.

Section 1. - L'application contestée du régime de responsabilité des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens

647. La remise en cause de l'application du régime de responsabilité des hébergeurs aux fournisseurs de liens prend deux formes. La première est radicale et directe : il serait en effet, par principe, dénié aux fournisseurs de liens la qualité de prestataire intermédiaire au sens de la directive 2000/31/CE. Ces derniers ne pourraient, par conséquent, pas bénéficier du régime de responsabilité limitée des hébergeurs (§1). La seconde peut être qualifiée de plus douce et d'indirecte : il s'agirait d'inciter les intermédiaires fournisseurs de liens à privilégier le référencement de certaines sources licites, sans remettre frontalement en cause leur qualité de prestataire intermédiaire (§ 2).

§ 1. - Une contestation directe portant sur le bénéfice de la responsabilité limitée des hébergeurs

648. Cette contestation repose, de manière générale, sur le fait que ce régime a été appliqué avec complaisance aux plateformes du web 2.0, dont les intermédiaires fournissant des liens font partie[1254]. D'aucuns estiment ainsi que l'activité de ces plateformes ne devrait pas pouvoir être qualifiée d'activité neutre au sens de la directive 2000/31/CE. Les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus et les réseaux sociaux ne pourraient donc pas être qualifiés de prestataires intermédiaires (A). L'argument de la non-neutralité de ces fournisseurs de liens a d'ailleurs été corroboré par la proposition de directive de la Commission européenne sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (B). Si le texte définitivement adopté par le Parlement européen le 26 mars 2019[1255] ne reprend pas cet argument , il reste toutefois pertinent d'évoquer la proposition initiale de la Commission européenne. Cette dernière est en effet représentative d'une tendance plus large, qui vise à remettre en cause la neutralité des plateformes en ligne, dont certains fournisseurs de liens.

A. L'argument de la non neutralité des intermédiaires fournisseurs de liens

649. Les dérogations de responsabilité dont peuvent bénéficier les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus et les médias sociaux sont régulièrement critiquées, en particulier dans le domaine

---

1254 Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, Dalloz IP/IT, 2016.

1255 Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique(COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280 (COD), P8_TA-PROV(2019)0231.

du droit d'auteur[1256]. Elles fourniraient effectivement un cadre à l'abri duquel ces intermédiaires pourraient réaliser d'importants bénéfices liés à l'utilisation d'œuvres ou d'objets protégés, sans avoir à participer à la rémunération et au financement des contenus créatifs. Ce phénomène a été théorisé sous l'angle du « partage de la valeur » ou « *value gap* ». L'expression renvoie à l'idée qu'il est nécessaire d'instaurer une répartition plus équitable de la valeur créée à partir des contenus en ligne, au profit des industries culturelles et des créateurs[1257]. Tels sont, en tout cas, l'appréciation du Parlement européen[1258] et l'un des objectifs de la Commission européenne dans le cadre de la régulation des plateformes[1259]. L'hyperlien est évidemment concerné puisqu'il est au cœur du développement des intermédiaires précités.

650. Afin de donner un poids juridique à la thématique du partage de la valeur, l'argument de la non neutralité des plateformes en ligne est régulièrement mis en avant. D'aucuns estiment, en effet, que l'application des dérogations de responsabilité aux plateformes d'Internet résulterait d'une interprétation erronée des dispositions pertinentes de la directive 2000/31/CE par la CJUE dans l'arrêt Google *AdWords*. Cette mauvaise interprétation aurait conduit les juridictions nationales à étendre ce régime de manière injustifiée, notamment aux intermédiaires fournisseurs de liens. Plusieurs arguments permettent d'étayer cette thèse. Il est notamment argué que nombre de fournisseurs de liens, tels que les moteurs de recherche, n'effectuent pas matériellement d'acte de stockage de contenus fournis par un destinataire de services[1260]. À ce titre, il ne devrait pas pouvoir prétendre à la qualité d'hébergeur et ainsi bénéficier du régime de responsabilité qui leur est associé. Cet aspect a déjà été évoqué dans les développements précédents : nous avions expliqué que si l'argument était sérieux, il n'était pas insurmontable dès lors qu'est privilégié un raisonnement fondé sur les principes encadrant les dérogations de responsabilité de la directive 2000/31/CE[1261].

1256 Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, préc., p. 177 ; Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, préc. ; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014.

1257 Sur ce point, v. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, préc., ; Bensamoun A., Value gap : une adaptation du droit d'auteur au marché unique numérique, Rec. Dalloz, 2018, p. 122. ; Castets-Renard C., Le Parlement européen et la directive sur le droit dans le marché unique numérique : quel partage de la valeur entre les parties prenantes ? Rec. Dalloz, 2018, p. 1921. ; Dusollier S., Intermédiaires et plateformes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., 165.

1258 Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, P8_TA (2015)0273.

1259 Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc.

1260 Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, préc. ; Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015, Larcier, 711 p., n° 1018.

1261 V. *supra*, n°581.

651. En revanche, l'argument de la non neutralité des fournisseurs de liens fait obstacle à ce type de raisonnement : il repose effectivement sur l'idée que l'activité des plateformes, notamment celles fournissant des liens, ne pourrait pas être pas en adéquation avec les principes fondant les limitations de responsabilité des prestataires intermédiaires. Les moteurs de recherche, mais sans doute plus particulièrement les médias sociaux qui mettent à disposition des liens fournis par leurs utilisateurs,[1262] devraient ainsi être exclus du régime de responsabilité limitée des prestataires.

652. Cet argument, qui est notamment porté par le CSPLA[1263] et l'ALAI[1264], procède en deux temps. Premièrement, l'utilisation du considérant 42 de la directive 2000/31/CE par la CJUE dans l'arrêt *Google AdWords* est critiquée. Dans cet arrêt, la Cour a jugé, en s'appuyant sur le considérant 42, que l'article 14 de la directive précitée s'appliquait au prestataire qui « *n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* »[1265]. Il est opposé à l'interprétation de la CJUE que cette condition figurant au considérant 42 ne vise que les activités consistant en un « *processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission* ». De ce fait, la condition de neutralité visée au considérant 42 ne concernerait que les activités de simple transport et de *caching* visées respectivement aux articles 12 et 13 de la directive 2000/31/CE. Cette approche était d'ailleurs celle de l'Avocat général Jääskinen dans l'affaire *L'Oréal c. eBay*[1266]. La conséquence de ce raisonnement est que la condition de neutralité ne concerne pas les hébergeurs et/ou les fournisseurs de liens. Ces derniers ne pourraient donc pas s'appuyer sur le principe de neutralité afin de revendiquer le bénéfice de l'article 14 de la directive 2000/31/CE. Il nous semble cependant que cet argumentaire se fonde sur une lecture trop réductrice de l'arrêt de la Cour. Comme le note le professeur Vivant, si l'utilisation du considérant 42 est incontestablement maladroite, il s'agissait avant tout pour la Cour de mettre l'accent sur l'esprit des limitations de responsabilité prévues

---

1262 Assez étrangement, les moteurs de recherche paraissent exclus des critiques portées par le CSPLA à l'inverse des médias sociaux. Ils relèvent pourtant, eux aussi, de la catégorie des « faux hébergeurs », ainsi que le CSPLA les désigne, puisque leur activité ne correspond pas à celles initialement couvertes par les limitations de responsabilité de la directive 2000/31. V. Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, préc., p. 3 et 4. : si aucune explication détaillée n'est donnée quant à cette exclusion, elle est sans doute due au fait que les moteurs de recherche mettent en avant des liens à disposition de leurs utilisateurs, sans que les contenus soient directement consultables.

1263 Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, préc.

1264 ALAI, Résolution relative aux propositions européennes 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, 2017.

1265 CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417, point 140.

1266 CJUE aff. C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, 9 décembre 2010, point 140 et s. L'avocat général voyait toutefois la condition de neutralité comme un obstacle non justifié et non comme une condition ayant vocation à facilité l'accès au régime des hébergeurs.

par la directive précitée[1267]. Autrement dit, la CJUE fait référence au considérant 42 afin de mettre en exergue le principe de neutralité sur lequel les limitations de responsabilité des prestataires intermédiaires sont bâties.

653. Par ailleurs, le recours à ce principe nous paraît pleinement justifié dans un contexte technologique où la complexité de l'activité d'hébergement rend difficile l'appréciation matérielle de ce dernier, particulièrement s'agissant de prestataires intermédiaires comme les moteurs de recherche ou les médias sociaux. Le principe de neutralité permet de remédier à cette difficulté de qualification en garantissant que celui qui revendique le statut d'hébergeur est effectivement un intermédiaire au sens de la directive 2000/31/CE. Dès lors, selon nous, l'affirmation selon laquelle la condition de neutralité du considérant 42 ne serait applicable qu'aux activités énumérées aux articles 12 et 13 de la directive 2000/31/CE n'est pas fondée. Au regard de l'esprit du texte, cette condition a pleinement vocation à éclairer l'application de l'ensemble des limitations de responsabilité prévues pour les prestataires intermédiaires. De ce fait, les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les agrégateurs de contenus sont aptes à s'en prévaloir en ce qui concerne leur activité de fourniture de liens.

654. Deuxièmement, la critique porte sur la signification de la condition de la neutralité : elle aurait été détournée par la CJUE dans l'arrêt *Google AdWords*, au profit des plateformes en ligne et, partant, de certains fournisseurs de liens. Dans cet arrêt, la CJUE a estimé que l'article 14 de la directive s'appliquait au prestataire qui « *n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* ». Or certains auteurs estiment que cette solution n'est pas en adéquation avec la condition posée au considérant 42 de la directive 2000/31/CE[1268]. Ce dernier énonce que le « *caractère purement technique, automatique et passif* [...] *implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* ». Selon ces auteurs, ce considérant pose comme condition que, pour être neutre, un prestataire ne doit pas avoir la connaissance ou le contrôle des données. La formulation du considérant 42 n'autoriserait pas, cependant, à déduire par un raisonnement *a contrario* qu'un prestataire qui n'a pas le contrôle ou la connaissance des données est nécessairement passif et donc neutre[1269]. En vertu du considérant 42, l'absence de connaissance ou de contrôle serait une condition nécessaire mais non suffisante de la neutralité du

---

[1267] Vivant M., Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscure clarté d'un droit sans boussole apparente, *in* Mélanges Poullet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde, 2018, Larcier, 800 p., p. 319., n° 7.

[1268] Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, préc., p. 5. ; ALAI, Résolution relative aux propositions européennes 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, préc.

[1269] ALAI, Résolution relative aux propositions européennes 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, préc.

prestataire[1270]. Ainsi, un prestataire intermédiaire, par exemple un fournisseur de liens, pourrait ne pas avoir le contrôle ou la connaissance des contenus vers lesquels il renvoie, tout en ayant un rôle actif vis-à-vis de ces contenus. À l'inverse, dans l'arrêt *Google AdWords*, la CJUE aurait fait de l'absence de connaissance ou de contrôle, une condition suffisante pour conclure à la neutralité du prestataire. Il en résulte que les plateformes en ligne, ce qui inclut certains fournisseurs de liens, ne seraient jamais actives car elles n'ont pas, en général, le contrôle ou la connaissance des données qu'elles véhiculent[1271]. Selon les tenants de cette inteprétation, la Cour aurait de ce fait profondément modifié la portée du considérant 42[1272].

655. En remettant en cause la validité de la définition de la neutralité proposée par la CJUE, l'approche ici présentée vise à recentrer l'application de la qualification d'hébergeur au stockage de matériel[1273]. La dissociation des notions de rôle passif et de connaissance ou de contrôle permettrait ainsi de définir la première de ces notions de manière à exclure les plateformes en ligne du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires. Les partisans de cette approche considèrent, en effet, que le fait d'organiser et d'optimiser la présentation de contenus en ligne caractérise un rôle actif à l'égard de ces contenus[1274]. La conséquence logique de ce raisonnement est que les fournisseurs de liens que sont les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus et les réseaux sociaux ne devraient pas pouvoir être qualifiés de prestataires neutres au sens de la directive 2000/31/CE.

656. Il nous semble cependant que cette remise en cause de la neutralité des intermédiaires fournissant des liens n'est pas fondée : elle repose effectivement sur une lecture du considérant 42 du la directive 2000/31/CE qui nous paraît critiquable. Selon nous, ce considérant n'exprime pas que l'absence de connaissance ou de contrôle est une condition de la passivité du prestataire concerné. Au contraire, selon le considérant 42, c'est le caractère technique, automatique et passif de l'activité du prestataire qui permet de considérer que le prestataire n'a pas connaissance ou le contrôle des données. L'usage du terme « implique », au sein du considérant 42, exprime une conséquence et non une condition. Il n'y aurait d'ailleurs aucun sens à ce que les caractères technique et automatique d'une activité, qui sont des éléments objectifs, dépendent de la connaissance ou du contrôle qu'a le prestataire des données qu'il véhicule. Dans notre optique, les notions de connaissance ou de contrôle sont uniquement présentes pour rappeler la philosophie qui fonde la responsabilité des intermédiaires : du fait du caractère automatique, technique et

---

[1270] Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29, préc., p. 5.
[1271] *Ibid*.
[1272] *Ibid*.
[1273] *Ibid* ; V. également, ALAI, Résolution relative aux propositions européennes 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, préc.
[1274] *Ibid*.

passif de leur activité, les intermédiaires ne peuvent, en principe, avoir la connaissance ou le contrôle des contenus et il est en conséquence justifié de les assujettir à une responsabilité conditionnelle. Selon cette interprétation du considérant 42, la neutralité devrait donc se résumer au caractère technique, automatique et passif de l'activité concernée.

657. C'est également sous cet angle que doit se comprendre la jurisprudence de la CJUE en ce domaine : dans l'arrêt *Google AdWords*, la connaissance ou le contrôle ne conditionne pas le rôle passif du prestataire. L'affirmation de la CJUE selon laquelle l'article 14 de la directive s'applique au prestataire qui « *n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* » signifie que, parce que le prestataire n'a pas joué un rôle actif, il n'a pas la connaissance ou le contrôle des données stockées. C'est donc la notion de rôle actif/passif qui est au cœur de la neutralité et qui a permis à la CJUE d'opter pour une application extensive de la qualification d'hébergeur. De notre point de vue, la Cour de justice n'a commis aucune erreur d'interprétation du considérant 42 de la directive 2000/31/CE. Tout au plus faut-il constater qu'elle a opté pour une interprétation audacieuse du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires.

La proposition initiale de directive DAMUN, portée par la Commission européenne, semblait également aller dans le sens d'une remise en cause de la définition de prestataire neutre, telle que définie par la CJUE.

B. Un argument initialement repris par la proposition de directive DAMUN

658. Le 14 septembre 2016, la Commission européenne a rendu publique une proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DAMUN)[1275]. L'objectif annoncé est d'adapter le droit d'auteur aux évolutions technologiques et aux nouveaux modèles d'affaire portés par les plateformes d'Internet[1276]. Dans cette optique, la directive entend notamment définir un cadre permettant un meilleur partage de la valeur entre les plateformes en ligne et les titulaires de droit. À cet égard, deux dispositifs controversés ont été proposés. Le premier a déjà été évoqué en première partie de cette thèse : il s'agit de la proposition visant à créer, au profit des éditeurs de presse, un droit voisin. Le second est inscrit à l'article 17 de la proposition de directive et concerne la responsabilité des plateformes de partage de contenus protégés par le droit d'auteur. Dans la proposition initiale de la Commission, ce second dispositif figurait alors à l'article 13. Il était complété par le considérant 38 de la proposition de directive. Cette dimension

[1275] Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 Final, 14/09/2016.
[1276] *Ibid*., considérant 3.

de la proposition de directive est celle qui nous intéressera dans les développements suivants. Elle était en effet susceptible de modifier les conditions d'accès aux dérogations de responsabilité prévues pour les hébergeurs. Avec le texte adopté par le Parlement européen le 26 mars 2019, ce risque est toutefois écarté : la directive prévoit désormais un système de responsabilité qui lui est propre et qui est distinct de celui prévu par la directive 2000/31/CE[1277]. Malgré ce changement fondamental, nous souhaitons revenir sur la proposition de la Commission européenne. Il s'agira de montrer en quoi une telle approche, qui ne concernait pas les fournisseurs de liens, était pourtant susceptible d'affecter leur régime de responsabilité.

659. Aux fins de mise en œuvre de l'article 13 (désormais article 17), le considérant 38 de la proposition de la Commission européenne prévoyait une définition du rôle actif dont la portée divergeait de celle découlant de la jurisprudence la CJUE (1). Bien que les répercussions de cette redéfinition étaient incertaines, elles pouvaient, par ricochet, remettre en cause la neutralité des services de fourniture de liens, pourtant non concernés par cette disposition de la directive (2).

1° Une définition du rôle actif divergeant de l'approche de la CJUE

660. Dans la lignée des remises en cause doctrinales, la proposition de directive DAMUN procèdait à une redéfinition de la notion de rôle actif. Le dispositif proposé à l'article 13, interprété à la lumière du considérant 38, était au cœur de la redéfinition de la notion. Plus précisément, ce considérant prévoyait que :

« *Lorsque les prestataires de services de la société de l'information stockent et proposent au public des œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs, allant ainsi au-delà de la simple fourniture d'équipements et de l'acte de communication au public, ils sont tenus de conclure des contrats de licence avec les titulaires de droits, à moins de pouvoir bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil.*

En ce qui concerne l'article 14, il y a lieu de vérifier si le prestataire de services joue un rôle actif, notamment en optimisant la présentation des œuvres ou autres objets protégés mis en ligne ou en assurant leur promotion, indépendamment de la nature des moyens employés à cet effet ».

[1277] Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), P8_TA-PROV(2019)0231, considérant 65.

661. Au regard de ce considérant, il apparaît que le rôle actif était caractérisé, en substance, par l'optimisation de la présentation des contenus chargés ou rendus accessibles par des tiers et proposés au public. L'objectif de cette approche du rôle actif est clair : il s'agit de priver les plateformes mettant à disposition des œuvres protégées, chargées ou diffusées par leurs utilisateurs, des exemptions de responsabilité dont elles bénéficient actuellement afin de les contraindre à négocier avec les titulaires de droits au titre du droit de communication au public.

662. Contrairement à ce qui a pu être soutenu[1278], cette conception du rôle actif s'éloigne toutefois de celle retenue par la CJUE dans les arrêts *Google AdWords* et *L'Oréal c. eBay*. Il ressort effectivement du point 115 du premier de ces arrêts que le fait pour un prestataire de service de référencement payant « *de déterminer l'ordre d'affichage* [des liens commerciaux] *en fonction, notamment, de la rémunération payée par les annonceurs* » ne suffit pas pour caractériser le rôle actif dudit prestataire. Selon la CJUE, l'ordonnancement des contenus, autrement dit l'optimisation de leur présentation, ne suffit donc pas pour conclure que le prestataire joue un rôle actif[1279]. Il est toutefois vrai que dans l'arrêt *L'Oréal*, la CJUE a fait référence aux notions d'optimisation et de promotion pour caractériser le rôle actif du prestataire de service. La Cour de justice a, en effet, estimé que :

> « *Lorsque, en revanche, ledit exploitant a prêté une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif* »[1280].

663. Il résulte cependant des éléments de faits, mentionnés par la CJUE dans cet arrêt, que les notions d'optimisation et de promotion se réfèrent à un comportement très spécifique : il s'agit de l'intervention du prestataire qui, par son assistance, a participé à l'élaboration des offres d'un vendeur. Autrement dit, dans cet arrêt, la CJUE caractérise le rôle actif du prestataire en raison de son intervention directe dans l'élaboration du contenu[1281]. Il n'est donc pas possible de déduire de l'arrêt *L'Oréal* que l'optimisation de

---

1278 ALAI, Résolution relative aux propositions européennes 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, préc.

1279 En ce sens, Stalla-Bourdillon S., Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergent : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 67.

1280 CJUE 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, Rec. p. I-06011, point 124.

1281 En ce sens, Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit.*, p. 73.

la présentation des contenus, en tant que telle, suffit à caractériser un rôle actif. La proposition initiale de la Commission européenne était en revanche plus ambiguë : il ne ressortait pas clairement de cette dernière que l'optimisation de la présentation et de la promotion des œuvres se rapportait à une intervention directe du prestataire sur la substance de ces dernières[1282]. Dès lors, rien ne s'opposait à ce que la notion d'optimisation de la présentation des œuvres fasse également référence à leur ordonnancement. La finalité du considérant 38 allait d'ailleurs plutôt dans le sens d'une acception large de la notion « d'optimisation de la présentation », puisqu'il s'agissait d'empêcher que les plateformes distribuant des œuvres chargées par leurs utilisateurs ne s'abritent derrière le régime des hébergeurs[1283]. Or cette redéfinition du rôle actif était également susceptible d'avoir un impact sur la neutralité des fournisseurs de liens.

2° Une définition du rôle actif susceptible d'impliquer la responsabilité des intermédiaires fournisseurs de liens

664. L'article 13 (désormais article 17) de la proposition de directive DAMUN s'adressait *« aux prestataires de services qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs »*. L'activité de fourniture de liens n'était donc pas directement concernée puisque l'hyperlien n'est pas une œuvre ou un objet protégé chargés par un utilisateur de la plateforme.

665. Cependant, la définition du rôle actif présente dans le considérant 38 aurait indirectement pu remettre en cause les dérogations de responsabilité bénéficiant aux intermédiaires fournisseurs de liens. La principale raison à cela est que cette la définition n'indiquait pas clairement qu'elle ne concernait que les prestataires stockant et proposant des œuvres chargées par leurs utilisateurs. Le considérant 38 semblait, au contraire, fournir une définition générale de la notion de rôle actif, susceptible de s'appliquer à tous types de prestataires de services. Or si le fait d'optimiser la présentation des contenus caractérise un rôle actif, ce qu'une interprétation correcte du considérant précité semblait imposer, alors tel devait également être le cas de l'activité consistant à ordonnancer des liens. Le fait d'ordonnancer des liens revient, en effet, à procéder à l'optimisation de leur présentation en les affichant selon un ordre de préférence donné. Il y avait donc lieu d'estimer que la définition du rôle actif figurant au considérant 38 de la proposition de directive DAMUN pouvait remettre en cause la neutralité des intermédiaires fournisseurs de liens.

1282 *Ibid.*

1283 L'étude d'impact accompagnant la proposition de directive semble également suggérer que la notion d'optimisation de la présentation se réfère très largement à l'idée de classification, de recommandation, European Commission, Impact assessment on the modernization of copyright rules, SWD 2016 (301) Final, 14 septembre 2016, p. 138.

Cette remise en cause frontale de la qualité d'intermédiaire des fournisseurs de liens n'est pas la seule. Certaines propositions doctrinales envisagent d'imposer aux fournisseurs de liens des obligations spécifiques quant à la marginalisation de l'illicite.

§ 2. - Une contestation indirecte portant sur la marginalisation accentuée des contenus liés illicites

666. Sans remettre en cause frontalement l'application du régime de responsabilité des hébergeurs à certains fournisseurs de liens, des propositions essentiellement doctrinales suggèrent de soumettre ces intermédiaires à des obligations spécifiques portant sur la marginalisation de l'illicite. Il s'agirait d'imposer ou d'inciter au « sur-référencement » des contenus licites afin de permettre aux titulaires de droits de mieux valoriser leurs contenus en ligne (A). Cette piste soulève pourtant de sérieux obstacles, tant pratiques que théoriques (B).

A. La piste d'un sur-référencement de certains contenus licites

667. D'aucuns estiment que la lutte contre la diffusion de l'illicite en ligne doit passer par un meilleur positionnement des offres licites de contenus en ligne au sein des liens proposés par les moteurs de recherche et les agrégateurs de contenus[1284]. Cette proposition, à notre connaissance essentiellement française, part du constat que les intermédiaires fournisseurs de liens jouent un rôle essentiel dans la découverte et l'accès aux contenus diffusés de manière illicite. En particulier, l'HADOPI[1285] a souligné, en 2013, que l'offre de contenus illicites était plus visible que l'offre de contenus licites dans les résultats des moteurs de recherche en France[1286]. Par exemple, lorsque la requête d'un utilisateur indique un « nom de film » et « *streaming* », les premiers résultats fournis par le moteur de recherche sont majoritairement des hyperliens vers des contenus illicites. Il s'en suit que les intermédiaires fournisseurs de liens favoriseraient la diffusion de contenus contrefaisants, tout en empêchant les titulaires de droit d'exploiter lesdits contenus en raison d'une moindre visibilité de l'offre légale.

1284 Lescure P., « Mission " Acte 2 de l'exception culturelle" - Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », Tome 1, Fiche C-6, 2013, p. 407 ; Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014, p. 79 et 102.

1285 L'acronyme HADOPI signifie Haute autorité pour la diffusion des œuvres et le respect des droits sur Internet.

1286 HADOPI, Linkstorm, Rapport sur la visibilité de l'offre licite de biens culturels dématérialisés par rapport à l'offre illicite dans les moteurs de recherche, Département Recherche, Étude & Veilles, 2013. accessible à : https://www.hadopi.fr/sites/default/files/import/HadopiFrD6News/files/Rapport_linkstorm.pdf. Dernier accès le 01/03/2019.

668. Afin d'inverser ce schéma, certaines voix en France ont proposé de mettre en place des dispositifs visant à permettre à l'offre légale d'œuvres d'être mieux référencée, en particulier par les moteurs de recherche. Il s'agit de la sorte « *d'orienter les internautes de bonne foi prioritairement vers l'offre légale, et de compliquer la tâche des internautes qui souhaitent télécharger illégalement* »[1287]. À cet égard, le CSPLA a envisagé, à la lumière des travaux de l'HADOPI, de permettre à certains contenus licites « labellisés » d'être mieux référencés par les moteurs de recherche. Une autre piste évoquée consisterait à établir une « liste blanche » de contenus non contrefaisants sur laquelle les moteurs de recherche pourraient s'appuyer dans le cadre de leur référencement du web. Si ces propositions concordent avec l'objectif de lutte contre la diffusion de l'illicite au sein de l'UE, elle se heurte néanmoins à de nombreux obstacles.

B. Une piste se heurtant à des obstacles pratiques et juridiques

669. Au plan pratique, la mise en avant de l'offre légale soulève de sérieux problèmes. Elle nécessiterait en effet de définir quels sites ou quels contenus devraient être surexposés, sur la base de quel critère et dans quel ordre. Elle engendrerait également inévitablement une perte de visibilité pour les contenus licites n'ayant pas intégré les listes de contenus prioritaires. Par exemple, le moteur de recherche *Google* oppose au sur-référencement de sites « labélisés » qu'un même contenu peut se retrouver sur des sites différents. Ces sites ont alors « *une égale vocation à être « labellisés » et il n'est pas du ressort du moteur d'établir un classement entre ces derniers* »[1288].

670. À ces difficultés pratiques s'ajoutent de nombreuses difficultés juridiques, notamment à la lumière des droits fondamentaux. Premièrement, le sur-référencement de l'offre légale est susceptible de porter atteinte à la liberté d'entreprise des intermédiaires, protégée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À cet égard, la CJUE a estimé, dans l'arrêt *UPC Telekabel*, que le fait d'imposer à un prestataire intermédiaire une mesure susceptible d'avoir un impact sur l'organisation de ses activités pouvait caractériser une atteinte à la liberté d'entreprise de ce dernier[1289]. Or il ne fait pas de doute que le fait d'imposer à un moteur de recherche les critères, selon lesquels il doit procéder au référencement des contenus, est susceptible de bouleverser l'organisation de ses activités puisque le libre choix de ces critères correspond à l'objet même de cette dernière.

1287 Lescure P., « Mission " Acte 2 de l'exception culturelle" - Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », préc.

1288 Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014, p. 79.

1289 CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rec. général, point 50.

671. Deuxièmement, le sur-référencement de certains contenus risque de porter atteinte à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui protège la liberté d'expression et d'information. Le fait d'obliger les moteurs de recherche à mettre en avant certains contenus licites plutôt que d'autres revient effectivement à restreindre la possibilité des internautes d'accéder aux informations licites. Or la Cour a clairement établi que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information sur Internet impliquait le droit pour les internautes de recevoir des informations licites[1290]. Le CSPLA argue cependant que l'argument tiré de la liberté d'expression et d'information ne serait pas convaincsant : les moteurs de recherche procéderaient *a priori* régulièrement à la rétrogradation de certains contenus illicites faisant l'objet de notifications dans le cadre du DMCA étasunien[1291]. Dès lors, selon le CSPLA, si certains contenus peuvent être occultés par les moteurs de recherche, rien n'empêcherait ces derniers de faire la promotion de contenus licites[1292]. Cet argument ne nous paraît cependant pas justifié : le fait d'obliger les moteurs de recherche à promouvoir certains contenus licites reviendrait à également à occulter d'autres contenus licites, en parallèle de la rétrogradation des contenus illicites. Or, nous l'avons constaté, cette possibilité est bien contraire à la liberté d'expression et d'information des internautes. À notre estime, il est donc heureux que ces propositions n'aient pas trouvé d'écho à l'échelle de l'Union européenne.

672. Enfin, toujours sur un plan juridique, il y aurait une incohérence manifeste entre le statut de prestataire intermédiaire et le sur-référencement de certains contenus : le privilège accordé à tel ou tel contenu licite serait en opposition totale avec la notion de prestataire neutre. Il nous semble en effet que le sur-référencement revient, pour le fournisseur de liens, à intervenir sur des contenus et, ainsi à jouer un rôle actif.

Conclusion de la section 1

673. L'applicabilité du régime de responsabilité des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens apparaît contestée. Un premier niveau de critique est direct et radical : l'application extensive du régime des responsabilités des hébergeurs reposerait sur une conception erronée du prestataire neutre, portée par la Cour de justice dans l'arrêt *Google AdWords*. Pour les tenants de cette approche, le fait d'optimiser la présentation des contenus est incompatible avec l'idée de neutralité. L'article 13 de la proposition de directive DAMUN semblait également aller en ce sens, bien que son application à l'activité de fourniture de liens était incertaine. Tel n'est cependant plus le cas au regard du texte de la directive définitivement

[1290] CJUE 24 novembre 2011, aff. C-70/10 *Scarlet Extended,* Rec. p. I-11959, point 52. ; CJUE 6 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM*, Rec. général, point 50 ; CJUE 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien*, préc., point 56.
[1291] Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., CSPLA, Rapport sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014, p. 79.
[1292] *Ibid*.

adopté par le Parlement européen le 26 mars 2019. Un second niveau de contestation est, quant à lui, indirect. Il consiste en des propositions visant à imposer aux intermédiaires fournisseurs de liens un sur-référencement de l'offre légale de contenus culturels afin d'accentuer la marginalisation des contenus contrefaisants. Ces propositions, essentiellement françaises, auraient néanmoins un impact fortement négatif sur la liberté de lier, tant du point de vue des intermédiaires que des utilisateurs de liens. Ces remises en cause de l'application du régime de responsabilité des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens ne nous sont pas apparues fondées. Elles ont néanmoins pour effet de mettre en évidence, qu'à défaut de consécration explicite, le régime de responsabilité des fournisseurs de liens demeure instable et constitue une source d'insécurité juridique.

Section 2. - Plaidoyer pour la consécration d'un régime de responsabilité limitée des fournisseurs de liens

674. La Commission européenne n'a pas nié l'importance du régime de responsabilité des fournisseurs de liens sur le développement de la société de l'information. Son premier rapport sur l'application de la directive sur le commerce électronique en 2003 en atteste[1293]. Malgré ce constat, la Commission européenne n'avait pas jugé pertinent d'initier une harmonisation du régime de responsabilité des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche. Selon elle, l'appréhension de cette responsabilité au sein des États membres semblait suivre un mouvement uniforme, favorable à ces services intermédiaires et au développement du marché intérieur. Au niveau de l'Union, l'arrêt *Google AdWords* est également venu harmoniser le régime de responsabilité applicable aux fournisseurs de liens revêtant la qualité de prestataires intermédiaires au sens de la directive sur le commerce électronique. L'absence de régime de responsabilité spécifique à l'activité de fourniture de liens en droit de l'Union donne cependant prise à une remise en cause de cette solution. Cette dernière, particulièrement fragile, ne s'avère donc pas satisfaisante sur le plan de la sécurité juridique. En dépit de l'absence de volonté réformatrice au sein l'Union européenne concernant le régime de responsabilité des fournisseurs de liens, la consécration d'un régime de responsabilité spécifique à ces derniers nous apparaît justifiée. Une telle consécration reposerait, d'une part, sur des fondements témoignant de son caractère indispensable (§1) et, d'autre part, s'appuierait sur la possibilité de définir un régime de responsabilité cohérent au regard de la directive 2000/31/CE (§2).

[1293] Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc, p. 14.

§ 1. - Les fondements de la consécration d'un régime de responsabilité limitée pour les fournisseurs de liens

675. La consécration d'un régime de responsabilité spécifique aux fournisseurs de liens ne peut se faire sans fondement solide. Au sein de la directive 2000/31/CE, les limitations de responsabilité s'articulent autour de la notion de prestataire intermédiaire et visent des finalités précises. À ce titre, les fondements de ce régime de responsabilité sont à rechercher tant au regard de la notion de prestataire intermédiaire (A), que dans les finalités d'un tel régime (B).

A. La qualité de prestataire intermédiaire des fournisseurs de liens

676. Au sein de la directive 2000/31/CE, les limitations de responsabilité sont instaurées au profit de certaines catégories d'acteurs regroupés autour de la notion de prestataire intermédiaire. La section 4 du chapitre 2 de cette directive s'intitule en effet : « *Responsabilité des prestataires intermédiaires* ». Cette notion est donc au départ des limitations de responsabilités prévues par la directive précitée. Il s'agit d'ailleurs de la position de la CJUE dans l'arrêt *Google AdWords*[1294]. Selon la Cour, le comportement d'un prestataire qui revendique l'application du régime de responsabilité limitée des hébergeurs doit se limiter à celui d'un prestataire intermédiaire[1295]. Il faut pour cela que le prestataire soit neutre « *en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle* »[1296]. Si la notion de prestataire intermédiaire est au centre des régimes de responsabilité limitée de la directive 2000/31/CE, c'est parce qu'elle en contient toute la philosophie. Comme l'Avocat général Jääskinen le précise, les dérogations de responsabilité prévues par la directive précitée « *se fondent sur le principe juridique selon lequel les rapports automatisés, techniques et passifs à l'égard d'un contenu stocké ou transmis par voie électronique n'instituent pas un contrôle ou une responsabilité sur celui-ci* »[1297].

677. Or certains fournisseurs de liens se fondent aisément dans ce schéma. Tel est le cas des prestataires fournissant des liens par le biais de procédés automatiques, comme les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou certains agrégateurs de contenus. Il ne fait pas de doute que ces fournisseurs de liens n'exercent aucun contrôle sur les contenus vers lesquels les liens qu'ils fournissent renvoient. Comme l'a souligné l'avocat général Jääskinen, lorsqu'un de ces prestataires de service fournit des liens, il « *se borne à offrir*

[1294] CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417.
[1295] *Ibid*., point 112.
[1296] *Ibid*., point 115.
[1297] CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, 25 juin 2013, point 87.

un outil de localisation d'informations, n'exerce pas de contrôle » sur les contenus vers lesquels les liens renvoient[1298]. Dès lors, il nous semble que ces fournisseurs de liens sont tout à fait aptes à être couverts par la notion de prestataire intermédiaire au sens de la directive 2000/31/CE. La qualité de prestataire intermédiaire de ces fournisseurs de liens constituerait ainsi le fondement d'un régime de responsabilité qui leur serait propre.

678. Toutefois, est-il possible d'envisager que les fournisseurs de liens dont l'activité n'est pas fondée sur des procédés automatiques puissent également revêtir la qualité d'intermédiaire ? L'activité de création manuelle de liens, comme celle pratiquée quotidiennement par les internautes sur *Facebook* et *Twitter*, peut-elle être associée à la qualité de prestataire intermédiaire ? Au regard, de la définition de prestataire intermédiaire issue du considérant 42 de la directive 2000/31/CE, cette possibilité semble exclue. Nous l'avons déjà souligné, la qualité de prestataire intermédiaire implique un rapport automatisé et technique au contenu. Or la création manuelle d'un lien exclut, par nature, un tel rapport au contenu lié. Néanmoins, en s'éloignant de la lettre du considérant 42 pour en faire prévaloir l'esprit, une approche différente est possible.

679. Une fois admis que l'hyperlien est un outil de localisation de l'information et que le poseur de liens n'a pas nécessairement le contrôle ou la connaissance réelle du contenu vers lequel il renvoie, alors la fourniture manuelle de liens ne nous semble pas incompatible avec la notion d'intermédiation. Telle est d'ailleurs l'approche retenue par certains États membres de l'Union européenne. L'Espagne ou l'Autriche, la Pologne ou la Hongrie ont ainsi estimé que l'activité de fourniture de liens relevait d'une activité d'intermédiation devant bénéficier d'un régime de responsabilité limitée[1299]. De manière similaire, le DMCA américain dispose en outre que la fourniture manuelle de liens est une activité d'intermédiation consistant à fournir un outil de localisation de l'information[1300]. Au plan conceptuel, il pourrait donc tout à fait être envisagé d'associer les fournisseurs manuels de liens à la qualité de prestataire intermédiaire. Toutefois, cette démarche nécessiterait de réviser ou de compléter la définition du prestataire intermédiaire établie par la directive 2000/31/CE, ce dernier étant nécessairement un prestataire dont l'activité revêt un caractère automatique, technique et passif.

1298 *Ibid*., point 84.

1299 Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, Markt/2006/09/E, 2007, p. 86 ; Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012, Thèse, Amsterdam, 386 p., p. 233 et s.

1300 17 U. S. C. § 512 (d).

Un second fondement à un éventuel régime de responsabilité spécifique à la fourniture de liens est à envisager du côté des finalités recherchées par ce dernier.

B. Les finalités recherchées par les limitations de responsabilité spécifiques à la fourniture de liens

680. Les finalités recherchées par les limitations de responsabilité instaurées par la directive sur le commerce électronique sont de deux ordres[1301]. Il s'agissait, d'une part, d'harmoniser à l'échelle de l'Union européenne les règles de responsabilité propres à assurer le développement de certains services de base considérés comme indispensables à la circulation de l'information sur Internet[1302]. D'autre part, ces limitations de responsabilité avaient également pour objectif de remédier aux divergences d'approche au sein des États membres dans ce domaine[1303]. Ces objectifs complémentaires sont à l'origine des limitations de responsabilité prévues par la directive 2000/31/CE. Il convient dès lors de vérifier que la mise en place d'un régime de responsabilité spécifique à la fourniture de liens est en adéquation avec ces deux finalités. Dans cette perspective, nous montrerons, dans un premier temps, que la fourniture de liens est une activité indispensable à la circulation de l'information et au développement de l'Internet (1). Puis, dans un second temps, nous établirons qu'une harmonisation du régime de responsabilité de cette activité est requise au regard des divergences d'approches au sein des États membres (2).

1° La protection d'une activité indispensable à la circulation de l'information sur Internet

681. Les limitations de responsabilité de la directive 2000/31/CE sont destinées à favoriser la libre circulation de l'information sur Internet au sein de la société européenne de l'Information. Il s'agit en particulier de définir un cadre propice à l'exercice de la liberté d'expression en ligne[1304]. Comme nous

---

1301 Sur ce point V. notamment, Baistrocchi P., Liability of Intermediary service providers in the EU directive on electronic commerce, Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 19, issue 1, 2003, p. 113.

1302 Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702 final, 23/11/2003.

1303 *Ibid.*

1304 Rappr. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), art. 21, JOCE n° L178 du 17/07/2000, p.1-16, considérant 9 : « *Dans bien des cas, la libre circulation des services de la société de l'information peut refléter spécifiquement, dans la législation communautaire, un principe plus général, à savoir la liberté d'expression, consacrée par l'article 10, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [...]. Pour cette raison, les directives couvrant la fourniture de services de la société de l'information doivent assurer que cette activité peut être exercée librement en vertu de l'article précité* [...] ».

l'avons déjà évoqué, ces limitations de responsabilité cherchent à atteindre cet objectif en mettant les intermédiaires à l'abri d'actions en responsabilité systématiques et en les libérant de l'obligation de contrôler et de rechercher les contenus illicites[1305]. Si ces intermédiaires avaient été plus exposés, ils se seraient montrés moins susceptibles de développer certains services. Ils auraient, en outre, été plus enclins à exercer une censure préalable et globale sur des contenus à la licéité incertaine[1306], au détriment du développement d'Internet et de la liberté d'expression et d'information[1307]. L'une des raisons d'être de ces dérogations de responsabilité est donc de permettre le développement de services d'intermédiation considérés comme nécesssaires à l'exercice des libertés en ligne et développement d'Internet.

682. Or, l'hyperlien constitue également un outil indispensable à l'exercice de la liberté d'expression et d'information en ligne. La Cour de justice l'a clairement reconnu dans l'arrêt *GS Media*, rencontré à de nombreuses occasions au cours de cette thèse. La Cour y a en effet estimé : « *qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations* »[1308]. Selon la Cour, il y a donc lieu de considérer que l'hyperlien est indispensable au fonctionnement d'Internet. Si cette affirmation de la Cour peut sembler péremptoire, elle s'en justifie néanmoins de manière implicite.

683. La dernière partie de l'affirmation, *dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'information*, est essentielle. Elle révèle que, pour la CJUE, l'exercice de la liberté d'expression et d'information sur Internet implique de pouvoir orienter et être orienté parmi la masse d'informations qui s'y trouvent. C'est pour cette raison que l'hyperlien doit être protégé selon la Cour : il est un outil permettant de retrouver l'information en ligne et est, à ce titre, un vecteur indispensable de la liberté d'information. Dans cette optique, il faut considérer que la fourniture de liens constitue un service indispensable à l'exercice de cette liberté, au même titre que les services consistant à fournir un accès à

1305 Sur ce point, v. Montero E., Van Enis Q., Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle, RLDI n°61, 2010.

1306 Sur ce point, v. par exemple Stalla-Bourdillon S., Chilling ISPs...When private regulators acte without adequat public framework, Computer law & Security Review, Vol. 26, n° 3, 2010, p. 290 ; Stalla-Bourdillon, S., Sometimes one is not enough! Securing freedom of expression, encouraging private regulation, or subsidizing Internet intermediaries or all three at the same time: the dilemma of Internet intermediaries' liability, Journal of Internation Communication Law and Technology, Vol. 7, n°2, 2012, p. 154 ; Kuczerawy A., The power of positive Thinking. Intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression, JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017.

1307 *Ibid.* ; V. cependant pour une remise en cause de l'idée selon laquelle ces limitations de responsabilité permettent de préserver la liberté d'expression, Kuczerawy A., The power of positive Thinking. Intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression, préc.

1308 CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 45.

Internet ou que les services d'hébergement. Dans son premier rapport sur l'application de la directive sur le commerce électronique, la Commission européenne avait d'ailleurs déjà admis le rôle indispensable des fournisseurs de liens hypertextes et de service de moteurs de recherche, les rangeant ainsi parmi les « *services intermédiaires fondamentaux facilitant le développement de l'Internet et du commerce électronique* »[1309].

684. La fourniture de liens hypertextes et de services de moteurs de recherche apparaît par conséquent essentielle au fonctionnement d'Internet, en particulier au regard de la liberté d'expression et d'information sur ce réseau[1310]. Cet aspect peut justifier la création de dérogations de responsabilité propres à ces activités, puisque la finalité des limitations de responsabilités prévues par la directive 2000/31/CE est de favoriser et de protéger les activités d'intermédiation indispensables au développement d'Internet et aux libertés en ligne[1311]. Une intervention européenne dans ce domaine serait en outre légitimée par le fait que des divergences d'approches concernant la responsabilité des fournisseurs de liens risqueraient de porter préjudice au développement du marché unique numérique.

2° L'harmonisation d'un régime de responsabilité faisant l'objet d'approches divergentes au sein des États membres

685. La Commission européenne n'a pas nié l'importance du régime de responsabilité des fournisseurs de liens sur le développement de la société de l'information dans son premier rapport sur l'application de la directive sur le commerce électronique en 2003[1312]. Malgré ce constat, elle n'avait pas jugé pertinent d'initier une harmonisation du régime de responsabilité des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche. Selon elle, l'appréhension de cette responsabilité au sein des États membres semblait suivre un mouvement cohérent, favorable à ces services intermédiaires et au développement du marché intérieur.

686. En 2003, cette approche prudente pouvait apparaître légitime en raison du peu de développements juridiques relatifs à la fourniture de liens et aux moteurs de recherche. Toutefois, des appréhensions

---

1309 Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, préc., p. 14 et 15.

1310 En ce sens, v. Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, préc, p. 17.

1311 En ce sens v. déjà en 2002, Giusti J., Vers une théorie générale de la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche sur internet... Expertises des systèmes d'information p. 427, spéc., p. 429.

1312 Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc., p. 14.

hétérogènes de la responsabilité des fournisseurs de liens au sein des États membres ont rapidement pris le pas, remettant en cause les conclusions initiales de la Commission européenne. Dans un rapport établi pour le compte de la Commission européenne en 2007, Messieurs Thibault Verbiest et Gerard Spindler ont souligné que certains États avait mis en place un régime de responsabilité spécifique pour les fournisseurs de liens et les moteurs de recherche[1313], tandis que d'autres ont laissé le soin aux juges d'appliquer le droit commun de la responsabilité à ces acteurs[1314]. Ces auteurs ont également rapporté que les jurisprudences nationales relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens pouvaient être assez incertaines, tant entre les États membres, qu'au sein d'un même État membre[1315]. S'agissant du cas spécifique des moteurs de recherche, des divergences similaires ont vu le jour au milieu des années 2000[1316]. Certains États membres, comme l'Allemagne ou l'Italie, ont assez tôt ouvert la possibilité aux moteurs de recherche de bénéficier de la responsabilité des hébergeurs, notamment s'agissant des liens commerciaux. En France, à l'inverse, les juges se sont montrés plus hésitants, spécialement eu égard aux liens commerciaux[1317]. L'affirmation de la Commission européenne, selon laquelle la sécurité juridique des activités de fourniture de liens et de moteur de recherche était garantie au sein de l'UE[1318], n'était donc plus valable antérieurement au milieu des années 2000.

687. D'ailleurs, il possible de considérer l'arrêt *GS media* comme un symptôme de l'insécurité juridique résultant de l'absence d'harmonisation de la responsabilité des fournisseurs de liens. Dans cet arrêt, la CJUE a, en effet, choisi d'interpréter de manière extensive une notion harmonisée, *i.e.* la notion communication au public, afin d'englober la responsabilité du poseur de liens du fait de la contrefaçon réalisée par un tiers. La Cour souhaitait sans doute éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit bridé par une approche fragmentée de cette question au sein des États membres[1319]. Cette réaction prétorienne intervient certes dans le domaine restreint du droit d'auteur, mais elle nous semble illustrer

---

1313 V. *supra*, n°538.

1314 Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, préc., p. 88 et 95.

1315 *Ibid*., p. 88 et s. V. également Joslove B. L., Krylov A. V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, RLDI, n°6, 2005.

1316 *Ibid*.

1317 *Ibid*. ; V. également, Rouhette T., Gateau Ch., Le statut des hébergeurs, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique, RLDI n°72, 2011, p. 59.

1318 Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur préc, p. 14.

1319 Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, European Intellectual Property Review, Vol. 39, Issue 8, 2017, p.479-488, spéc., p. 487.

l'importance que revêt la question de l'harmonisation du régime de responsabilité des fournisseurs de liens, afin de permettre le bon fonctionnement du marché unique numérique.

688. Le postulat avancé par la Commission européenne pour expliquer la non-nécessité d'une harmonisation de la responsabilité des fournisseurs de liens est donc dépassé : au plan juridique, une harmonisation permettrait maintenant de sécuriser le fonctionnement du marché intérieur. La création d'un régime de responsabilité limitée propre à la création de liens poursuivrait ainsi l'objectif d'harmoniser des règles divergentes concernant une activité d'intermédiation essentielle au fonctionnement d'Internet : la fourniture d'hyperliens, en ce compris les services de moteur de recherche[1320]. La création d'un tel régime n'a cependant jamais été envisagée. Une explication d'ordre politique nous semble pouvoir être avancée : de manière générale, la Commission européenne européenne n'estime pas souhaitable de remettre en cause l'acquis communautaire relatif au régime de responsabilité des intermédiaires[1321]. Ce régime constituant l'un des piliers du développement du commerce électronique, l'actuelle Commission estime qu'il n'est pas nécessaire de prendre le risque de le modifier. Cependant, la solidité des fondements justifiant la création d'un régime de responsabilité propre aux hyperliens incite à envisager la forme que ce régime pourrait prendre.

§ 2. - La définition d'un régime cohérent au regard de la directive 2000/31/CE

689. La dernière partie de ce chapitre a pour objectif d'identifier le régime de responsabilité pour la fourniture de liens qui soit le plus cohérent au regard de la directive 2000/31/CE. Il s'agira donc d'évaluer autour de quelles conditions la responsabilité des fournisseurs de liens pourrait s'articuler avec les principes et notions encadrant la responsabilité des prestataires intermédiaires dans l'actuelle directive 2000/31[1322]. De manière classique et conformément au schéma établi par la directive 2000/31/CE, nous envisagerons quelles activités auraient matériellement vocation à accéder au régime de responsabilité des fournisseurs de liens (A), avant de traiter du contenu de ce régime (B).

[1320] En ce sens, Van Hoboken J., Legal Space for innovative ordering : on the need to update selection intermediary liability in the EU, International Journal of communication law and policy, Vol. 13, 2009 p. 49, spéc., p. 69 ; Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 237 ; Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission préc., p.17.

[1321] En ce sens, Castets-Renard C., Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'Internet, préc. ; Sirinelli P., Benazaref J-A., Bensamoun A., Rapport du CSPLA sur l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29, 2015 ; Vivant M., Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscure clarté d'un droit sans boussole apparente, *in* Mélanges Poullet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde, 2018, Larcier, 800 p., p. 319, n° 7.

[1322] Dès le début des années 2000, le Forum des droits sur Internet (Ancien Conseil National du Numérique) plaidait pour une approche similaire : FDI, Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?, 2003.

A. Les activités concernées par la création d'un régime de responsabilité limitée

690. L'enjeu est de déterminer quels sont les usages de l'hyperlien qui auraient vocation à être couverts par un régime de responsabilité limitée. Dans cette optique, une distinction doit être opérée entre les fournisseurs automatiques de liens (moteurs de recherche, agrégateurs de contenus et réseaux sociaux) et les fournisseurs manuels de liens. Rappelons que l'activité des premiers est en accord avec les principes régissant les conditions d'accès au régime de responsabilité des prestataires intermédiaires, dans la mesure où cette activité est susceptible de revêtir un caractère technique, automatique et passif. Ce faisant les intermédiaires précités s'inscrivent parfaitement dans le schéma de responsabilité prévu par la directive. L'activité de fourniture automatique de liens pourrait donc être ajoutée aux activités bénéficiant d'un régime de responsabilité limitée, sans qu'il soit nécessaire de repenser les principes régissant la responsabilité des prestataires intermédiaires[1323].

691. L'analyse est en revanche différente s'agissant de l'activité de fourniture manuelle de lien. Nous l'avons également montré, cette activité ne correspond pas à une activité de prestation intermédiaire au sens de la directive 2000/31/CE. Elle ne peut en effet être assimilée à une activité revêtant un caractère technique, automatique et passif, en raison du fait que la pose du lien nécessite une intervention humaine directe. Cette limite est-elle indépassable ? Cette activité devrait-elle, de ce fait, être exclue d'un régime de responsabilité limitée spécifique à la fourniture de liens ? De notre point de vue, il ne s'agit pas d'un obstacle théorique insurmontable. Comme cela fut expliqué, nombre d'Etats membres de l'UE ont prévu des exemptions de responsabilité couvrant la création manuelle d'hyperlien. Tel est le cas de l'Espagne de l'Autriche, de la Pologne ou de la Hongrie[1324]. Aux États-Unis, le DMCA prévoit des limitations de responsabilité au profit des outils de localisation de l'information (« *information location tools* »)[1325], qui

---

[1323] Contra. Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 252. Selon Joris Van hoboken, le propre des moteurs de recherche est de ne pas être neutre. La plus-value de leur activité repose en effet sur la hiérarchisation des contenus vers lesquels ils renvoient. La création d'un régime de responsabilité propre à ces acteurs supposerait donc, selon lui, de réviser la notion de prestataire intermédiaire contenu au considérant 42. Il nous semble néanmoins que cet auteur se trompe de niveau d'analyse : les moteurs de recherche sont neutres à l'égard du contenu vers lesquels ils renvoient dans le cas où ils n'interviennent pas directement sur ledit contenu. Autrement dit, ils peuvent être neutres dans leur fonction d'intermédiation entre un fournisseur de contenu et un utilisateur final. Ainsi que nous le verrons ultérieurement dans le titre suivant, il est en revanche possible de distinguer de cette fonction d'intermédiation, l'activité d'ordonnancement des liens. Les liens sont alors saisis en tant que tels, comme un source autonome d'information qui s'ajoute et et se distingue de leur fonction d'intermédiation.

[1324] V. Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 233 et s ; Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission préc., p.88.

[1325] Contrairement au droit de l'UE, ces dérogations de responsabilité ne sont pas transversales et ne couvrent que les cas de contrefaçon.

couvrent le fait de référencer ou de renvoyer par un lien à un contenu publié en violation du droit d'auteur. Cette exemption a vocation à couvrir l'ensemble des fournisseurs de liens, y compris les agrégateurs ou les moteurs de recherche[1326]. L'ensemble de ces législations envisage donc que la fourniture manuelle de liens puisse bénéficier d'exemptions de responsabilité en raison du fait que l'hyperlien permet de faciliter la localisation et l'accès à l'information présente sur Internet[1327]. À ce titre, l'inclusion de la fourniture manuelle de liens parmi les activités d'intermédiation susceptibles de bénéficier d'exemptions de responsabilité au sein de la directive 2000/31/CE peut être considérée comme cohérente. Elle nécessiterait néanmoins une modification en profondeur du droit positif de sorte à ouvrir la catégorie de prestataire intermédiaire à des activités ne revêtant pas un caractère technique, automatique et passif au sens du considérant 42 de la directive précitée.

692. Il pourrait par exemple s'agir de recentrer, au sein du considérant 42 précité, la définition du prestataire d'intermédiaire autour des notions de connaissance et de contrôle, sans référence au caractère technique automatique ou passif de l'activité. De la sorte, la *ratio legis* des limitations de responsabilité serait conservée tout en en permettant l'accès à l'ensemble des fournisseurs de liens. Cette nouvelle définition du prestataire intermédiaire pourrait alors être la suivante :

« *Les limitations de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les prestataires intermédiaires neutres, en ce sens qu'ils n'ont pas la connaissance ou le contrôle des contenus, qu'ils transmettent, qu'ils stockent ou vers lesquels ils renvoient par le biais d'un hyperliens* ».

693. Une autre solution consisterait également à réserver un considérant spécifique aux fournisseurs de liens. Il s'agirait de les distinguer explicitement des autres prestataires intermédiaires pour plus de clarté et afin de laisser le considérant 42 inchangé. L'obligation de neutralité propre à l'ensemble des prestataires intermédiaires serait néanmoins conservée par souci de cohérence. Il peut, à cet égard, être proposé que :

« *Les limitations de responsabilité prévues par la présente directive en faveur des fournisseurs d'hyperliens, en ce compris les moteurs de recherche, ne couvrent que les cas où ledit fournisseur est neutre en ce sens qu'il n'a pas la connaissance ou le contrôle des contenus vers lesquels il renvoient* ».

[1326] En ce sens, Ginsburg J., Budiardjo L A., Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content : International and Comparative Law Perspectives, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 41, 2018, p. 153, spéc., p. 200 à 202.

[1327] En ce sens, Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, préc., p. 17.

Les conditions d'accès à un éventuel régime de responsabilité propre aux fournisseurs de liens ayant été délimitées, il convient désormais de préciser le contenu de ce régime.

B. Des conditions d'exonération de responsabilité calquées sur celles des hébergeurs

694. Comme nous l'avons souligné, un régime de responsabilité limitée pour les fournisseurs de liens n'a d'intérêt qu'au regard de la cohérence et de la stabilité du droit de l'Union européenne. De ce fait, il nous semble préférable d'inscrire les conditions d'exonération de responsabilité des fournisseurs de liens dans la continuité du droit positif. Dans cette perspective, nous montrerons que la proposition consistant à aligner ces conditions d'exonération sur celles des hébergeurs est la plus réaliste (1). Certains auteurs ont pu faire d'autres propositions, sans que celles-ci nous paraissent satisfaisantes sur le plan de la cohérence du droit (2).

1° Une proposition réaliste quant à sa mise en œuvre

695. L'alignement du régime des fournisseurs de liens sur celui des hébergeurs constituerait certainement l'option la plus viable et la plus cohérente au plan politique[1328]. La plupart des États membres de l'Union ayant prévu des dérogations de responsabilité au profit des fournisseurs de liens, et le DMCA étatsuniens ont, en effet, opté pour un régime de responsabilité proche de celui des hébergeurs. Cette option va, par conséquent, dans le sens de la stabilité du droit.

696. Ces régimes de responsabilité prévoient que le fournisseur de liens ne peut voir sa responsabilité engagée à la double condition suivante : ne pas avoir une connaissance effective de l'illicéité du contenu vers lequel il renvoie ou de faits ou de circonstances rendant cette illicéité apparente ; lorsque cette connaissance est acquise, agir promptement pour supprimer l'hyperlien renvoyant vers ledit contenu. Telle est la formulation par laquelle le DMCA étasunien limite la mise en jeu de la responsabilité des fournisseurs d'outils de localisation de l'information[1329]. Cette formulation est exactement similaire à celle employée par l'article 14 de la directive 2000/31/CE concernant le régime des hébergeurs. Ce régime s'articulerait donc autour de conditions déjà connues du droit européen. Voisins des hébergeurs, les

---

[1328] Rappr. Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 252.

[1329] L'exemption est formulée comme il suit : « *A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider* ».

fournisseurs de liens pourraient également aisément être soumis à des obligations de déréférencement des contenus illicites dans un cas similaire à celui prévu pour ces opérateurs quant au filtrage de l'illicite. À ce titre, le déréférencement des contenus illicites ne pourrait pas procéder d'une surveillance générale et active des contenus liés. Seul un déréférencement ciblé et réactif[1330] serait valable. Cette proximité avec le régime des hébergeurs favoriserait ainsi la continuité et la cohérence du droit de l'UE puisque ce régime bénéficie actuellement aux fournisseurs de liens dont l'activité revêt un caractère technique, automatique et passif. Point de bouleversement donc pour les moteurs de recherche, les médias sociaux et certains agrégateurs de contenus concernant leur régime de responsabilité.

697. Le régime que nous proposons pourrait, en outre, concerner indistinctement les fournisseurs automatiques de liens et les fournisseurs manuels de liens. Il reviendrait cependant au juge d'apprécier la condition de connaissance du caractère de l'illicite en fonction du degré de contrôle que le fournisseur de liens a sur ledit contenu[1331]. Il est par exemple évident qu'un moteur de recherche n'a pas le même degré de contrôle du caractère illicite du contenu vers lequel il renvoie qu'un poseur manuel de lien. Ainsi que le font remarquer Messieurs Spindler et Verbiest, imposer au moteur de recherche une obligation de contrôle *a priori* reviendrait à leur imposer une charge disproportionnée : elle risquerait de nuire à leur capacité à indexer le web et conduirait ainsi rendre l'information moins disponible aux internautes[1332]. Tel était également le sens des propositions avancées en France par le Forum des Droits sur Internet en matière de responsabilité des créateurs automatiques de liens, au début des années 2000. Le Forum avait estimé que le fait pour un créateur automatique de liens de ne pas vérifier la licéité des contenus liés n'était pas constitutif d'une faute génératrice de responsabilité[1333]. Il est cependant évident qu'un moteur de recherche, ou tout autre créateur automatique de liens, qui renverrait délibérément et spécifiquement vers un contenu illicite ne pourrait pas se réfugier derrière le caractère automatique de son activité pour plaider l'absence de connaissance de l'illicéité[1334]. Dans cette hypothèse, les circonstances dans lesquelles sont posées les liens rendraient l'illicéité apparente. Le fournisseur de liens ne pourrait alors se prévaloir d'une quelconque exemption de responsabilité. Dans l'arrêt *Ziggo*, la CJUE a d'ailleurs retenu une approche similaire de la connaissance de l'illicéité dans le domaine du droit de communication au public : la Cour y a en effet

---

1330 Rappelons que, selon nous, la réactivité ne s'oppose pas nécessairement à la proactivité. Dès lors que cette dernière s'entend du filtrage d' un contenu ayant été préalblement identifiée avec certitude comme étant illicite (par exemple par un procédé d'empreine numérique), sans attendre une notification des titulaires de droit ou une décision jurdiciaire, il s'agit d'une forme de réaction ciblée.

1331 En ce sens, Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, préc., p. 17.

1332 *Ibid*., p. 17.

1333 FDI, Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?, 2003.

1334 En ce sens, *Ibid*, p. 17.

déduit la connaissance de l'illicéité d'un faisceau d'indices montrant qu'une plateforme *peer-to-peer* était structurellement destinée à la diffusion de contenus illicites[1335].

L'alignement d'un éventuel régime des fournisseurs de liens sur celui des hébergeurs nous semble ainsi l'option la plus cohérente au regard du droit positif. Des auteurs ont toutefois proposé des solutions différentes.

2° Des propositions alternatives insatisfaisantes au regard de la cohérence du droit

698. Certains auteurs considèrent que si l'objectif de sécurité juridique impose la création d'un régime propre aux fournisseurs de liens, celui-ci ne devrait pas être aligné sur celui des hébergeurs. Pour les tenants de cette approche, d'autres qualifications rendraient mieux compte de la nature spécifique des fournisseurs de liens et, en particulier, des moteurs de recherche. Leur proposition vise essentiellement ce type d'acteurs en raison du rôle prépondérant qu'ils jouent eu égard à la diffusion et à l'accès à l'information en ligne.

699. Monsieur Joris Van Hoboken[1336] ou Maître Ronan Hardouin[1337] considèrent ainsi que, au regard de la fonction des moteurs de recherche, il serait plus cohérent de les traiter comme les fournisseurs de transport de l'article 12 de la directive sur le commerce électronique. Le régime de responsabilité des moteurs de recherche en droit autrichien est, d'ailleurs, aligné sur cet article[1338]. Leur démarche repose sur l'idée que, contrairement à l'activité d'hébergement, la fourniture de liens ne suppose aucun stockage de contenu. Ces deux activités seraient donc foncièrement opposées quant à leur nature. À l'inverse, tout comme les FAI, les moteurs de recherche offriraient un accès - certes sophistiqué mais accès tout même - à des sites internet par le biais d'un hyperlien. Ce rapprochement nous paraît cependant critiquable : contrairement aux FAI, la fonction principale d'un moteur de recherche n'est pas de transmettre un contenu mais de renvoyer vers celui-ci. Les conditions d'exonération de responsabilité fixées par l'article 12 de la directive précitée concernant l'activité de « simple transport » mettent d'ailleurs en exergue cette différence de nature. Cet article prévoit ainsi que le prestataire qui transmet ou qui fournit un accès à un réseau de communication n'est pas responsable des informations transmises à condition qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et ne sélectionne ou ne

---

1335 CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général, point 45.

1336 Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 252.

1337 Hardouin R., Lamy Droit des médias et de la communication, étude 472-85, La qualification de fournisseur d'accès à un service de communication au public en ligne.

1338 Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, préc., p. 88.

modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission. En l'état, ces conditions seraient inapplicables à un moteur de recherche, précisément en raison du fait que l'objet de son activité n'est pas de transmettre un contenu. Contrairement aux exigences fixées par l'article 12, le moteur de recherche est à l'origine d'une transmission, celle des résultats de recherche. De la même façon, il sélectionne les informations faisant l'objet de la transmission ; c'est même la raison d'être principale de son activité. Le régime de responsabilité concernant l'activité de « simple transport » est, par conséquent, incompatible avec le fonctionnement d'un moteur de recherche.

700. Monsieur Joris Van Hoboken[1339] ou Monsieur Alexandre Tourette[1340] ont également proposé de rapprocher le régime de responsabilité des moteurs de recherche de celui des fournisseurs de cache de l'article 13 de la directive 2000/31/CE. La logique est la même que celle précédemment évoquée. La fonction des moteurs de recherche s'apparenterait plus à celle des fournisseurs de « cache » visé à l'article 13 de la directive 2000/31/CE qu'à celle jouée par les hébergeurs. L'activité de stockage dit « *caching* » consiste à dupliquer à intervalles réguliers certaines informations particulièrement populaires sur des serveurs, au plus proche des utilisateurs, de manière à fluidifier l'accès à ces informations[1341]. La fonction du stockage dit « *caching* » est donc de faciliter l'accès à l'information, sans être indispensable à sa transmission[1342]. Selon Monsieur Alexandre Tourette, l'activité des moteurs de recherche peut, quant à elle, s'analyser comme une activité consistant à stocker des bribes d'informations, ainsi que l'adresse permettant d'y accéder, afin d'en faciliter l'accès par les internautes[1343]. Dans cette perspective, la fonction et le fonctionnement des moteurs de recherche seraient similaires à ceux des fournisseurs de stockage intermédiaire. En outre, Monsieur Joris Van Hoboken estime que le régime du « *caching* » aurait pour avantage de réaliser un équilibre optimal entre la liberté d'expression et d'information, et la lutte contre la diffusion de contenus illicites en ligne[1344]. Cet argument s'appuie sur l'article 13 1) e) de la directive 2000/31/CE qui prévoit que le prestataire de « *caching* » doit agir :

« promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du

---

1339 Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 253.

1340 Tourette A., Responsabilité civile et neutralité de l'Internet. Essai de conciliation, 2015, Thèse, Montpellier, 525 p. n°283.

1341 Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015, Larcier, 711 p., n°885.

1342 Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 852.

1343 Tourette A., Responsabilité civile et neutralité de l'Internet. Essai de conciliation, *op. cit.*, n°283.

1344 Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 253.

réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible ».

701. Cette condition permettrait, d'une part, de refléter que les moteurs de recherche, dans le rôle d'intermédiaire, ont principalement vocation à faciliter l'accès à des contenus en ligne, sans être en capacité de les supprimer. D'autre part, elle fournirait un fondement juridique permettant d'obliger les moteurs de recherche à supprimer les liens menant vers des contenus illicites ou qui ne serait plus disponibles[1345]. Si nous partageons l'avis de Joris Van Hoboken, quant aux avantages de cette approche, nous observons également que le régime de responsabilité des hébergeurs permettrait d'arriver au même résultat. Par ailleurs, ces auteurs font fi des autres conditions d'application de l'article 13, qui imposent au prestataire de ne pas modifier l'information stockée, de se conformer aux conditions d'accès à cette information et à certains standards industriels quant à la mise à jour et à l'analyse des informations stockées en cache. Or ces conditions rajoutent en complexité et ne concernent nullement l'activité des fournisseurs de liens. *A contrario*, les règles qui régissent l'application du régime des hébergeurs, plus simples et mieux connues du droit de l'UE, nous paraissent être plus appropriées dans l'optique d'un régime de responsabilité propre aux fournisseurs de liens.

Conclusion de la section 2

702. Cette section a été l'occasion de définir les contours d'un éventuel régime de responsabilité propre aux fournisseurs de liens. Une telle consécration nous paraît justifiée quant aux fondements sur lesquels un tel régime pourraient reposer : la qualité de prestataire intermédiaire neutre des fournisseurs de liens et l'harmonisation d'activités considérées comme essentielles à la circulation de l'information au sein du marché unique numérique. Enfin, nous avons analysé quel pouvait être le contenu de ce régime dans l'optique de préserver la cohérence de l'acquis communautaire, en particulier au regard de l'obligation de neutralité à laquelle sont assujettis les prestataires intermédiaires. Nous avons défendu, à cet égard, l'idée d'aligner le régime de responsabilité des fournisseurs de liens sur celui des hébergeurs. Cette solution a l'avantage de se situer dans la continuité du droit positif. Toutefois, la création d'un régime de responsabilité couvrant les fournisseurs de liens nécessiterait de rénover les principes sur lesquels sont fondées les dérogations de responsabilité de la directive sur le commerce électronique. Ces dérogations sont en effet instaurées au profit de prestataires ayant un rapport technique, automatique et passif avec le contenu qu'ils traitent. Or cela n'est pas le cas des fournisseurs manuels de liens. Cet obstacle n'est pas infranchissable mais il faudrait modifier la définition des prestataires intermédiaires du considérant 42 de

[1345] *Ibid.*

la directive 2000/31/CE afin de l'ouvrir à des activités ne possédant pas les caractéristiques précitées. Une alternative pourrait consister à prévoir une définition de notion d'intermédiation propre à l'activité de fourniture de liens.

Conclusion du chapitre 2

703. Ce chapitre a permis de mettre en évidence la nécessité qu'il y a à clarifier le régime de responsabilité des fournisseurs de liens en droit de l'Union européenne. Effectuée en dehors de la lettre des textes, l'application du régime de responsabilité des hébergeurs aux fournisseurs de liens ayant la qualité de prestataire intermédiaire est une source d'instabilité et d'insécurité juridiques. Les remises en cause ciblant l'application du régime des hébergeurs aux opérateurs précités l'ont montré : à défaut de consécration textuelle, la neutralité des prestataires intermédiaires fournisseurs de liens eu égard au contenu lié apparait contestée. Or en l'absence de neutralité, les intermédiaires fournissant des liens - les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les agrégateurs de contenus - n'auraient plus vocation à bénéficier d'exonération de responsabilité en raison de l'illicéité du contenu lié. Cette approche irait à l'encontre de la liberté de lier, tant du point de vue des créateurs de liens que de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs d'Internet. Nous avons cependant exposé que l'application du régime des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens est justifiée. Dans la mesure où une interprétation dynamique de la directive 2000/31/CE[1346] est admise, cette approche reste en effet cohérente en ce qui concerne les principes fondant le régime de responsabilité des prestataires intermédiaires en droit de l'UE.

704. Toutefois, afin de remédier à ces incertitudes, la consécration d'un régime spécifique de responsabilité limitée pour les fournisseurs de liens nous a semblé nécessaire. L'objectif a été de définir ce que pourrait être un régime de responsabilité, spécifique à la création de liens, cohérent au vu des finalités et des principes encadrant actuellement les limitations de responsabilité des prestataires intermédiaires. L'harmonisation du régime de responsabilité des fournisseurs de liens est, en tout cas, indispensable à la sécurité juridique des acteurs de la création de liens, tant au regard de la liberté de lier que de ses limites.

[1346] En ce sens, v. notamment Vivant M., Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscure clarté d'un droit sans boussole apparente, *in* Mélanges Poullet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde, 2018, Larcier, 800 p., p. 319., n°6 ; Montero E., Les responsabilités liées au web 2.0, R.T.D.I, n°32, 2008, p. 363.

Conclusion du titre 1

705. Ce titre a constitué la première étape d'un raisonnement portant sur l'appréhension de la diffusion de contenus du fait du lien en droit de l'UE. Il s'agissait de déterminer quelle était la responsabilité du poseur de liens du fait de l'illicéité du contenu lié. Pourtant, en dépit de l'importance des enjeux relatifs au fonctionnement de l'Internet et à l'exercice des droits fondamentaux, le droit de l'UE n'organise aucun régime de responsabilité propre à la fourniture de liens. Nous avons cependant montré, qu'à partir de l'arrêt *Google Adwords* de la CJUE, les exonérations de responsabilité prévues pour les hébergeurs à l'article 14 de la directive pouvaient profiter aux fournisseurs de liens revêtant la qualité de prestataire intermédiaire neutre. Par conséquent, seuls sont concernés les fournisseurs de liens neutres au sens de la directive : ceux dont l'activité revêt un caractère automatique, technique et passif, impliquant qu'ils n'ont pas la connaissance ou le contrôle des contenus liés. Concrètement, les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les agrégateurs de contenus, relativement à leur activité de fourniture de liens, sont concernés. Le régime de responsabilité auquel ils peuvent prétendre, à condition d'être neutres, est un régime de responsabilité limitée : ces intermédiaires ne peuvent en effet voir leur responsabilité engagée que de manière conditionnelle, dans le cas où ils n'auraient pas promptement déréférencé un contenu dont ils savaient, ou auraient dû savoir, qu'il était illicite. En vertu de leur neutralité, il ne peut en outre être imposé à ces intermédiaires une surveillance des contenus liés qui va au-delà d'un filtrage ciblé et curatif. En mettant ces fournisseurs de liens à l'abri d'actions en responsabilité systématiques et en leur épargnant un contrôle des contenus illicites, ce régime favorise la création de liens ainsi que la liberté d'information sur Internet par le biais de l'hyperlien.

706. Nous pouvons ainsi observer que le rôle d'intermédiaire des fournisseurs de liens, impliquant qu'ils n'ont pas la connaissance ou le contrôle des contenus vers lesquels ils renvoient, justifie et conditionne leur assujettissement à un régime de responsabilité limitée. En droit de l'Union européenne, la fonction d'intermédiation jouée par l'hyperlien est donc la clé de la compréhension d'un régime de responsabilité du fait du contenu lié favorable à la liberté de lier. À défaut d'une affirmation expresse de cette fonction, la stabilité et la cohérence du régime de responsabilité des fournisseurs de liens paraissent toutefois incertaines. Dans cette perspective, nous avons proposé de créer, au sein de la directive 2000/31/CE, un régime de responsabilité spécifique à l'activité de fourniture de liens. Cette proposition vise à consacrer la qualité de prestataire intermédiaire des fournisseurs de liens du fait du renvoi vers un contenu illicite. Cette qualité leur permettrait de bénéficier d'exonérations de responsabilité à la condition de ne pas avoir le contrôle ou la connaissance des contenus liés.

Au delà de l'appréhension de la fonction d'intermédiation assumée par l'hyperlien, le droit de l'UE tend de plus en plus à appréhender directement l'hyperlien, indépendamment du contenu lié, à travers la régulation de l'activité d'ordonnancement de liens.

TITRE 2. - Un encadrement par la régulation de l'activité d'ordonnancement des liens

707. Grâce à Internet l'offre d'informations et de contenus, ainsi que la variété de ces derniers, ont considérablement augmenté. Paradoxalement, cette disponibilité de l'information accrue ne garantit pas que les fournisseurs de contenus puissent atteindre efficacement leur audience et que le public puisse librement disposer de ce fonds informationnel. Étant donné des milliards de données dont est constitué le web[1347], il peut en effet être difficile pour ces fournisseurs d'être visibles et, pour les internautes, de faire le tri parmi les informations pertinentes. En somme, « *rien ne sert de disposer d'un tel océan de contenus* » si la navigation en son sein ne permet pas de distinguer « *les élément à voir, à entendre, à connaître* »[1348]. Le recours à des prestataires de services, essentiellement des fournisseurs liens, devient alors indispensable. En proposant des hyperliens vers certains contenus, selon un ordonnancement précis, ces intermédiaires proposent une représentation des contenus du web sur la base de laquelle les internautes pourront s'orienter.

708. Cette fonction, que les moteurs de recherche partagent avec les agrégateurs de liens et les médias sociaux, est cruciale dans un espace où l'information est surabondante et où l'attention des consommateurs est limitée[1349]. La diffusion effective de l'information en ligne étant conditionnée par la représentation qu'en donnent ces intermédiaires, l'impact de l'ordonnancement des liens sur la visibilité de certaines sources d'informations par rapport à d'autres constitue un enjeu crucial, tant du point de vue des fournisseurs de contenus que des utilisateurs finaux[1350]. Il l'est plus particulièrement en droit de l'Union européenne où les initiatives de la Commission européenne dans le domaine de la régulation des plateformes visent notamment à contrôler l'activité des moteurs de recherche, des agrégateurs de contenus et des réseaux sociaux[1351]. Ce sont plus spécialement certaines plateformes américaines qui sont ciblées par ces initiatives, en raison de leur puissance de marché, au point qu'ils aient pu être qualifiés d'entreprises

---

1347 Au moment où ces lignes étaient écrites, selon le site internetlivestats.com, le web était composé de près de 1, 9 milliards de sites. Près de 4, 3 millions de billets de blog avaient été écrits et 500 millions de tweets envoyés dans la journée.

1348 En ce sens, Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 109.

1349 Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur, *op. cit.*, p. 103 ; Sur les mécanisme de concentration de l'attention, v. par exemple Cardon D., À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data, 2015, Seuil, coll. La République des idées, 112 p., p. 91 et s.

1350 Rappr. Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 260.

1351 V. notamment, Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016, p. 9.

souveraines de l'Internet[1352]. Ils sont volontiers désigné sous l'acronyme GAFA (*Google*, *Amazon*, *Facebook* et *Apple*) ou GAFTAM (si l'on inclue *Twitter* et *Microsoft*). Parmi ces dernières, *Google*, *Facebook* et *Twitter* sont notamment des fournisseurs de liens.

709. Dans ce contexte, l'objectif de cette dernière partie sera de déterminer de quelle manière le droit de l'UE appréhende cette dimension de la fourniture d'hyperliens. Il s'agira également, conformément au fil conducteur de cette thèse, d'évaluer l'impact de cette appréhension sous l'angle de la liberté de lier et de ses limites. À cet égard, nous observerons que l'activité d'ordonnancement se trouve saisie par le droit de l'UE à travers la régulation de plateformes en ligne, marquant ainsi la spécificité de cette activité. Cette régulation, qui peut se définir comme une « *action délibérée pour ajuster en temps réel le comportement des acteurs du marché par des moyens qui ne se limitent pas à la sphère du droit purement positif* », n'est cependant qu'émergente[1353]. L'activité d'ordonnancement des liens se trouve ainsi avant tout régulée par des initiatives ciblées et cloisonnées, par nature limitées quant à leur objet (**chapitre 1**). Or l'ordonnancement des liens par les prestataires intermédiaires, les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les agrégateurs de contenus, a vocation à couvrir tout types d'informations : cette activité relève donc d'un phénomène global, ce qui suppose une régulation de même niveau. Dès lors, à titre prospectif, la possibilité et l'intérêt d'une régulation transversale de l'ordonnancement des liens doivent être envisagés (**chapitre 2**).

[1352] Blandin A., Les entreprises souveraines de l'Internet : un défi pour le droit et pour l'Europe *in* Blandin A., (dir.), Droit et souveraineté numérique en Europe, 2016, Bruylant, 216 p., p. 95.

[1353] Autin J-L cité par Robin A., Rapport de de synthèse in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 176.

Chapitre 1. - L'ordonnancement des liens : une activité spécifique régulée par des initiatives ciblées

710. Les évolutions jurisprudentielles et législatives récentes du droit européen de la communication par Internet se concentrent principalement sur la régulation des plateformes en ligne. Ces initiatives visent à réguler l'impact que ces plateformes peuvent avoir sur la visibilité de l'information sur Internet en procédant à sa sélection et sa présentation. Si la notion de plateformes n'a pas été définie de manière définitive par la Commission européenne[1354], force est de constater qu'elle englobe certains fournisseurs de liens. Les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les agrégateurs de contenus sont ainsi largement concernés par ces initiatives, spécialement en raison de la manière dont ils ordonnancent les hyperliens.

711. Toutefois, c'est la Cour de justice qui est la première à avoir établi, dans l'affaire *Google Spain* [1355], la spécificité de l'activité consistant à ordonnancer des liens au regard du droit de la protection des données à caractère personnel. Dans le prolongement de la terminologie utilisée par la CJUE dans ce célèbre arrêt, l'expression « ordonnancer » - ou « l'ordonnancement » - désignera le fait d'indexer des informations, lesquelles seront ensuite pointées par des hyperliens mis à disposition des internautes selon un ordre de préférence donnée[1356]. C'est donc à l'aune de cet arrêt majeur que la spécicifité de l'activité d'ordonnancement des liens doit d'abord être envisagée.

712. Dans l'affaire *Google Spain*, la Cour a consacré un droit au déréférencement des données à caractère personnel. Cette consécration l'a conduit à mettre en évidence que l'ordonnancement des liens était une activité autonome des contenus liés, allant au-delà de la simple activité d'intermédiation neutre (**Section 1**). Une série d'initiatives de la Commission européenne semble également confirmer l'approche adoptée par la Cour de justice : elles ont notamment pour effet de saisir l'absence de neutralité et le caractère discriminant de l'ordonnancement des liens eu égard aux contenus liés, sans toutefois envisager cette problématique de manière globale (**Section 2**).

[1354] Selon la Commission européenne, les plateformes en ligne regroupent une grandes variété d'intermédiaires. Elles ont uniquement en commun certaines caractéristiques essentielles, notamment à remettre en cause le fonctionnement traditionnel des marchés ; à mener une activité sur la base de la collecte, du traitement, ou de la mise en forme de gros volumes de données ; à fonctionner sur des marchés multifaces impliquant plusieurs groupes d'utilisateurs ; à fonctionner à partir de forts effets de réseaux en vertu desquels la valeur qu'elles génèrent augmente en fonction du nombre d'utilisateurs ; elles ont recours aux technologies de l'information et de la communication., Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc., p. 2 et 3. Pour une tentative de synthèse en doctrine, v. notamment Sénéchal J., L'opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de services interpersonnelles *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 15 et s.

[1355] CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général.

[1356] *Ibid*., point 21.

Section 1. - Une spécificité mise en évidence dans le cadre du droit au déréférencement des données à caractère personnel

713. Le droit au déréférencement est un droit d'origine prétorienne, consacré par la CJUE à l'occasion de l'affaire *Google Spain*. Cet arrêt doit retenir toute l'attention de qui s'intéresse à l'appréhension des hyperliens par le droit de l'Union. Lors de cette décision, la Cour a mis au jour une fonction singulière des moteurs recherche[1357], en établissant que ce dernier n'est pas uniquement un intermédiaire neutre renvoyant vers des données personnelles : il est lui-même responsable d'un traitement autonome de données à caractère personnel (§2). À ce titre, la CJUE a estimé que les personnes dont les données sont traitées par les moteurs de recherche ont la possibilité de faire valoir les droits dont ils sont investis par la règlementation européenne sur les données à caractère personnel. Sur la base des dispositions de la directive 95/46[1358], désormais remplacée par le règlement général sur la protection des données (RGPD)[1359], la CJUE a ainsi reconnu un droit au déréférencement des données à caractère personnel. La portée de ce droit spécifique, qui marque également la singularité de l'activité d'ordonnancement des liens, est toutefois incertaine. Il est de la sorte difficile de déterminer son impact sur l'activité de création d'hyperliens (§3). Avant d'envisager plus en détail ces aspects, une brève présentation de l'arrêt *Google Spain* s'impose afin de justifier et délimiter notre axe d'analyse (§1)

§ 1. - Propos liminaires : présentation générale de l'arrêt Google Spain

714. L'arrêt *Google Spain* est sans conteste l'un des arrêts les plus marquants rendus par la CJUE ces dernières années[1360]. Aux confins de problématiques relatives au « droit à l'oubli numérique », au droit à l'information et à l'omnipotence des GAFA, cet arrêt est emblématique des défis auxquels la société

1357 Sur ce point, v. en particulier Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome, Rec. Dalloz, 2014, p. 1476 ; Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergent : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit.*, p. 69 et s.

1358 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281 du 23/11/1995, p. 31 (Abrogé par le règlement Règlement (UE) 2017/679).

1359 Règlement (UE) 2017/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L. 119 du 04/05/2016, p. 1.

1360 Sur ce point, v. notamment Strowel A., Censure ! Vous avez dit censure ? À propos de l'arrêt Google sur le droit à l'oubli, Auteur & Media, n°5, 2014, p. 311 ; Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome, préc.

européenne de l'information doit faire face. Au départ de cette décision, se trouve M. Costeja Gonzãlez, qui souhaitait que certaines informations préjudiciables relatives à sa personne cessent d'être accessibles depuis le moteur de recherche *Google*. M. Costeja Gonzãlez avait sollicité le moteur afin que les liens renvoyant vers certaines pages du journal espagnol *La Vanguardia* (relatives à une vente aux enchères immobilière liée à une saisie pratiquée en recouvrement de dettes de sécurité sociale) cessent d'être affichés dans les résultats de recherche à la suite d'une requête effectuée à partir de son nom. Dans ce contexte, la CJUE était interrogée par le biais d'une série de questions préjudicielles concernant l'application à un moteur de recherche de la directive 95/46/CE ainsi que des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, portant respectivement sur la protection des données à caractère personnel et la protection de la vie privée.

715. Un premier groupe de questions concernait la qualification de l'activité de moteur de recherche au regard de la notion de traitement de données à caractère personnel. Plus particulièrement, il était demandé à la Cour si l'activité consistant à « *trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de « traitement de données à caractère personnel»* » au sens de la directive 95/46/CE ?[1361] Si oui, le moteur de recherche en est-il responsable en sens de la directive précitée ?[1362] À cette double interrogation, la CJUE a répondu par l'affirmative : un moteur de recherche traite de données à caractère personnel dont il est responsable au sens de la directive 95/46/CE[1363]. De là découlait une troisième question portant sur le point de savoir si un moteur de recherche était tenu de supprimer les hyperliens litigieux ?[1364] La Cour a également répondu positivement : une personne peut exiger que les informations à caractère personnel la concernant soient supprimées des résultats de recherche, et après qu'une mise en balance des intérêts en présence ait été réalisée[1365]. Peu importe que ces informations soient exactes et licites dès lors qu'elles sont « *inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche* »[1366]. Nous reviendrons en détail sur ces points car ils contribuent à définir le statut des liens agrégés par les moteurs de recherche ou par d'autres fournisseurs de liens analogues.

[1361] CJUE 13 mai 2014, *Google Spain,* préc., point 21.
[1362] *Ibid.*
[1363] *Ibid.*, point 28 (traitement de données) et 41(responsabilité).
[1364] *Ibid.*, point 62.
[1365] *Ibid.,* points 97 et 98.
[1366] *Ibid.*, point 94.

716. Le second groupe de questions portait sur le champ d'application territorial de la directive et concernait le point de savoir si le moteur de recherche *Google* relevait du droit de l'UE. La directive 95/46/CE ne pouvait en effet s'appliquer que dans le cas où le responsable du traitement, dans le cadre de ses activités, disposait d'un établissement ou avait recourt à des moyens situés sur le territoire d'un État membre. C'était donc les notions « d'établissement » et de « recours à des moyens » qui étaient soumises à l'interprétation de la CJUE. La Cour va se concentrer sur la première d'entre elle et en adopter une conception extensive, elle a estimé qu'un traitement de données à caractère personnel :

> « *un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre, au sens de cette disposition, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre* »[1367].

717. Pour la Cour, en effet, « [l]*es activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités* »[1368].

718. Ce second groupe de questions, ainsi que les solutions qui en découlent, n'emportent pas de conséquences spécifiques par rapport à l'appréhension des hyperliens en droit de l'Union européenne : il concerne plus largement la délimitation du champ d'application territoriale de la directive 95/46/CE au regard d'une activité de traitement de données transnationales. Cet aspect ne sera donc pas analysé plus en détail[1369] au contraire de la responsabilité du moteur de recherche pour les données à caractère personnel qu'il traite dans le cadre de son activité.

[1367] *Ibid*., point 60.

[1368] *Ibid*., point 56.

[1369] Sur ce point, v. notamment, Perray R., Salen P., La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit à « l'oubli numérique » : une fausse innovation, de vrais questions, RLDI, n°109, 2014 ; Le Clainche J., CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel, RLDI, n°107, n°107 : Castets-Renard C., Google et l'obligation de déréférencer les données personnelles ou comment oublier du monde numérique, RLDI, n°106, 2014. ; Debet A., Google Spain : Droit à l'oubli ou oubli du droit ?, Com. com. électr. n°7-8, étude 13, 2014.

§ 2. - L'origine de la spécificité : le moteur de recherche, responsable d'un traitement autonome de données personnelles

719. Pour qualifier le moteur de recherche de responsable de traitement de données à caractère personnel, la CJUE a apprécié ce dernier, non dans son rôle d'intermédiaire, mais comme le responsable à part entière d'un traitement de données, découlant des informations à caractère personnel représentées au sein des liens agrégés (A). Cette responsabilité n'a pas vocation à remettre en cause ou à remplacer la responsabilité des prestataires intermédiaires du fait de l'illicéité des contenus liés : elle s'ajoute et se distingue de celle relative à la fonction d'intermédiation également jouée par le moteur de recherche (B).

A. Une responsabilité découlant de la représentation par les liens agrégés d'un contenu relatif à une personne

720. L'assujettissement du moteur de recherche *Google* à une obligation de déréférencer les données à caractère personnel supposait au préalable que le moteur soit responsable d'un traitement de données à caractère personnel au sens de la directive 95/46/CE. Il s'agissait donc pour la CJUE de qualifier l'activité du moteur de recherche *Google* au regard des notions de « traitement de données personnelles », d'une part, et de « responsable de traitement », d'autre part.

721. S'agissant de la première de ces deux notions, c'est sans difficulté que la Cour ramène l'activité du moteur de recherche naturel *Google* à un « traitement de données » au sens de la directive 95/46/CE. De manière limpide la Cour juge a ainsi jugé que :

> « [I]*l convient de constater que, en explorant de manière automatisée, constante et systématique Internet à la recherche des informations qui y sont publiées, l'exploitant d'un moteur de recherche « collecte » de telles données qu'il « extrait », « enregistre » et « organise » par la suite dans le cadre de ses programmes d'indexation, «conserve» sur ses serveurs et, le cas échéant, « communique à » et «met à disposition de» ses utilisateurs sous forme de listes des résultats de leurs recherches. Ces opérations étant visées de manière explicite et inconditionnelle à l'article 2, sous b), de la directive 95/46, elles doivent être qualifiées de « traitement » au sens de cette disposition, sans qu'il importe que l'exploitant du moteur de recherche applique les mêmes opérations également à d'autres types d'information et ne distingue pas entre celles-ci et les données à caractère personnel* ».

722. La qualification opérée correspond en tous points aux définitions de « données à caractère personnel » et de « traitement » énoncés respectivement aux articles 2 a) et 2 b) de la directive 95/46/CE

(désormais remplacés par les article 4 § 1) et 4 § 2) du RGPD). Cette qualification se situait d'ailleurs dans la droite lignée de l'arrêt *Lindqvist* dans lequel la Cour avait retenu que : « [l]'*opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel est à considérer comme un tel traitement* »[1370]. Il est indifférent à cet égard que le moteur de recherche ignore traiter des données à caractère personnel, que ces données aient déjà été publiées sur Internet ou que le moteur ne les modifie pas[1371]. Ces conditions ne figuraient pas dans la directive 95/46/CE et il n'y avait, par conséquent, pas lieu d'en tenir compte[1372]. La Cour a donc retenu une acception large de la notion de « traitement de données » au regard de l'activité de moteur de recherche, qui apparait conforme à la lettre et l'esprit du droit européen des données à caractère personnel [1373].

723. Plus délicate était en revanche l'application au moteur de recherche *Google* de la qualification de responsable de traitement de données à caractère personnel. Aux termes de l'article 2 a) de la directive 95/46/CE, le responsable du traitement est : « *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel* ». Il s'agissait ainsi pour la CJUE d'établir si le moteur de recherche détermine les finalités et les moyens du traitement. Dans ces conclusions, l'avocat général Jääskinen estimait que tel ne pouvait être le cas. Selon ce dernier, les moteurs de recherche n'agissent qu'en tant que simples intermédiaires. Cette qualité tient au fait que, pour l'avocat général, « *un moteur de recherche sur Internet ne crée pas en principe de contenu autonome nouveau. Dans sa forme la plus simple, il se borne à indiquer où trouver un contenu préexistant, mis à disposition par des tiers sur l'Internet, en fournissant un hyperlien vers le site web qui comporte les termes recherchés* »[1374].

724. Dans cette optique, l'avocat général relève que le moteur de recherche n'a pas le contrôle des données à caractère personnel figurant sur les pages web des tiers vers lesquelles il renvoie[1375]. Il rappelle

---

[1370] CJUE 6 novembre 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist*, Rec, p. I. 12971.

[1371] CJUE 13 mai 2014, *Google Spain,* préc., point 29.

[1372] En ce sens, Castets-Renard C., Google et l'obligation de déréférencer les données personnelles ou comment oublier du monde numérique, préc.

[1373] La doctrine s'est d'ailleurs largement ralliée à l'approche de la CJUE sur ce point. V. notamment Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome préc. ; Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit*., p. 68. ; En ce sens, Castets-Renard C., Google et l'obligation de déréférencer les données personnelles ou comment oublier du monde numérique, préc. ; Perray R., Salen P., La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit à « l'oubli numérique » : une fausse innovation, de vrais questions. Telle était également la position de l'avocat général Jääskinen, CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, 25 juin 2013, point 75.

[1374] CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, préc., point 33.

[1375] *Ibid*, point 84.

que tant la directive 95/46/CE, et plus particulièrement son considérant 47, que la directive 2000/31/CE se fondent : « *sur le principe juridique selon lequel les rapports automatisés, techniques et passifs à l'égard d'un contenu stocké ou transmis par voie électronique n'instituent pas un contrôle ou une responsabilité sur celui-ci* »[1376]. Dès lors, en tant qu'intermédiaire n'ayant pas le contrôle des données à caractère personnel vers lesquelles il renvoie, le moteur de recherche ne pouvait, selon lui, déterminer les finalités et les moyens du traitement de ces données. Le raisonnement est rigoureux et convaincant. Tel était également l'opinion du G29 (groupe de travail « Article 29 »)[1377]. Dans un avis de 2008, celui-ci estimait que « *lorsqu'un fournisseur de moteur de recherche agit exclusivement en tant qu'intermédiaire, il ne soit pas considéré comme le principal responsable du traitement des données à caractère personnel effectué* »[1378]. Il est vrai que, saisi dans sa fonction d'intermédiation, le fournisseur de lien ne saurait en toute logique être tenu pour responsable des données vers lesquelles il renvoie et dont il n'a ni la connaissance, ni le contrôle. Nous avons défendu cette position auparavant dans cette thèse. Cependant, cette approche se justifie pour autant que la responsabilité du moteur de recherche est envisagée à l'aune des données à caractère personnel hébergées sur les pages web d'un tiers[1379].

725. L'approche retenue par la CJUE fut cependant fondamentalement différente et fortement novatrice au plan conceptuel. La Cour a en effet qualifié le moteur de recherche en dehors de toute référence aux contenus liés et indépendamment de ceux-ci. Selon la Cour, « *le traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre de l'activité d'un moteur de recherche se distingue de et s'ajoute à celui effectué par les éditeurs de sites web, consistant à faire figurer ces données sur une page Internet* »[1380]. Le moteur est donc saisi comme responsable direct et autonome du traitement, du fait des liens qu'ils affichent aux internautes. L'explication donnée par la CJUE à cet égard est cruciale. La Cour observe ainsi que :

> « [L]'*organisation et l'agrégation des informations publiées sur Internet effectuées par les moteurs de recherche dans le but de faciliter à leurs utilisateurs l'accès à celles-ci peut conduire, lorsque la recherche de ces derniers est effectuée à partir du nom d'une personne physique, à ce que ceux-ci obtiennent par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne*

1376 *Ibid*, point 87.

1377 Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2008, p. 14.

1378 Le groupe « Article 29 » était un organe consultatif sur la protection des données personnelles instauré et régi par les articles 29 et 30 de la directive 95/46/CE. Depuis le 25 mai 2018, date à laquelle le RGPD est devenu applicable, le G29 a été dissous et remplacé par le Comité européen de la protection des données.

1379 CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, préc.

1380 CJUE 13 mai 2014, *Google Spain,* préc., point 35.

trouvables sur Internet leur permettant d'établir un profil plus ou moins détaillé de la personne concernée »[1381].

726. La Cour établit ainsi qu' en déterminant la manière dont les informations relatives à une personne sont représentées à travers l'ordonnancement de liens, le moteur de recherche détermine les moyens et la finalité du traitement. Il doit, en conséquence, être qualifié de responsable de traitement. Le point déterminant du raisonnement de la CJUE est que l'agrégation de liens peut aboutir à la construction d'une information autonome, indépendamment des contenus liés. Comme l'expliquent de manière limpide les professeurs Valérie-Laure Benabou et Judith Rochfeld :

« à la suite de la requête de l'internaute, le moteur de recherche offre, au fil de sa liste de résultats (composée de la formulation de liens, d'extraits des sites de destination repris sous les liens cliquables, de légendes sous des vignettes photographiques, etc.), un « aperçu structuré » des données d'une personne à partir de laquelle le requérant pourra établir un profil plus ou moins détaillé de l'individu concerné. L'information présente sur la page de résultats permet donc à l'internaute de reconstituer une somme de renseignements agrégés et hiérarchisés qui contribuent à créer une représentation particulière de l'identité numérique de la personne à laquelle il s'intéresse, cela indépendamment de l'activation effective des liens proposés »[1382].

727. Dans cette optique, il est indifférent que le moteur de recherche exerce ou non un contrôle sur le traitement opéré sur le site à l'origine de la publication des informations personnelles, en l'espèce *La Vanguadia*[1383]. Le traitement imputable au moteur de recherche est en effet celui qu'il réalise sur ses pages à travers l'agrégation de liens[1384]. Pour la même raison, il est également sans importance que le traitement opéré par ce site soit licite ou illicite[1385]. La responsabilité du moteur de recherche est une responsabilité autonome : elle est ainsi saisie par la Cour au travers de son activité propre, d'agrégation de liens, et non du fait du renvoi vers tel ou tel contenu. En d'autres termes, « [i]*l ne s'agit pas d'un mécanisme de*

1381 *Ibid*., point 37.

1382 Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome préc., n°7.

1383 CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* préc, point 34.

1384 Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome préc., n°8.

1385 CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain*., point 88.

responsabilité indirecte par décalque ou emprunt de la responsabilité du site d'origine pour avoir fourni les moyens d'y accéder »[1386].

728. C'est par conséquent à une révolution conceptuelle à laquelle nous invite la CJUE à travers l'arrêt *Google Spain*[1387]. Elle a établi que les moteurs de recherche peuvent procéder, à travers l'agrégation de liens, à une communication autonome, indépendante des contenus vers lesquels ils renvoient[1388]. De ce point de vue, cette agrégation n'est pas neutre vis-à-vis des contenus liés et des utilisateurs finaux. Elle permet de représenter, de reconstituer l'image des contenus liés en se distinguant de ces derniers. C'est ce qui pousse les professeur Valérie-Laure Benabou et Judith Rochfeld à juger que l'arrêt *Google Spain* a conduit la CJUE à mettre en évidence la fonction informationnelle autonome et non neutre des moteurs de recherche[1389]. Or cette fonction joue un rôle clé auprès des internautes puisqu'elle va conditionner la manière dont les utilisateurs finaux vont accéder à telle ou telle information parmi l'immensité des contenus qui composent le web. La CJUE a d'ailleurs tenu compte de cette réalité afin de qualifier le moteur de recherche de responsable autonome. Pour la Cour, en effet, ce dernier « *joue un rôle décisif dans la diffusion globale desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées* »[1390].

729. Au regard de cette analyse, il nous semble également que la qualification de responsables de traitement pourrait être étendue à d'autres agrégateurs de liens. Il suffit pour cela que les conditions définies par la Cour dans l'arrêt *Google Spain* soient satisfaites. À cet égard, l'arrêt *Google Spain* devrait s'appliquer à tout service « *consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la*

1386 Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome préc., n°9.

1387 Voir cependant, Van Enis Q., Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen, Journal européen des droits de l'homme, n°2, 2015, p. 173, n°7. L'auteur y défend l'idée que la Cour a retenu la responsabilité directe du moteur de recherche : « [*v*]*raisemblablement pour contourner une possible objection d'absence de nécessité, et pour faire échec à une éventuelle exigence de subsidiarité qui aurait imposé à la personne concernée d'agir préalablement contre le propriétaire du site web contenant les informations litigieuses afin de les supprimer, la Cour de justice a fortement insisté sur le fait que l'activité d'un moteur de recherche était différente et additionnelle à celle d'un éditeur, lequel, selon la directive protection des données, pourrait quant à lui, le cas échéant, se prévaloir du régime des traitements effectués aux seules fins de journalisme pour faire échec à une demande de retrait* ». Selon l'auteur l'approche retenue par la Cour dans l'arrêt *Google Spain* serait donc avant tout pragmatique et instrumentale, et non point guidée par des motivations conceptuelles.

1388 V. déjà Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, *op. cit.*, p. 176.

1389 Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome préc., n° 10.

1390 CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain,* préc, point 36.

disposition des internautes selon un ordre de préférence donné »[1391]. Ce qui apparaît primordial au vu du raisonnement de la Cour, c'est en effet que l'agrégation des informations publiées sur Internet à travers les liens conduisent à fournir un aperçu structuré des informations relatives à une personne. Il faudrait donc considérer que certains réseaux sociaux, ou certains agrégateurs de contenus puissent être qualifiés de responsables de traitement dès lors qu'ils permettent à leurs utilisateurs de consulter un ensemble de liens agrégés relatifs à une personne. Telle est également l'approche prônée par le G29 dans son guide relatif à l'application de l'arrêt *Google Spain*[1392].

Faut-il alors considérer que cette approche prétorienne de l'ordonnancement des liens remet en cause la fonction d'intermédiation par rapport à laquelle le droit de l'UE appréhende les moteurs de recherche – ainsi que les fournisseurs de liens exerçant une activité analogue – depuis l'arrêt *Google AdWords* ?

B. Une responsabilité ne remettant pas en cause la qualité de prestataire intermédiaire de certains fournisseurs de liens

730. Auparavant dans cette thèse, nous avons montré que la responsabilité du fait de l'illicéité du contenu lié devait être appréhendée à l'aune des régimes de responsabilité limitée prévus par la directive 2000/31/CE pour les prestataires intermédiaires. L'application de la qualification de prestataire intermédiaire à un fournisseur de liens suppose que ce dernier soit neutre, au sens où son activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, impliquant qu'il n'ait pas la connaissance ou le contrôle du contenu lié. Or au regard de l'approche de la CJUE dans l'affaire *Google Spain*, l'activité d'ordonnancement de liens est contraire à l'idée de neutralité. Aux yeux de la CJUE, un tel ordonnancement constitue, en effet, un ensemble informationnel autonome. Cette qualification s'oppose au paradigme de neutralité, au sens de rapport automatisé, technique et passif à l'égard d'un contenu, puisque cet ordonnancement est lui-même un contenu. Dans cette perspective, la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Google Sapin* pourrait laisser penser à une incompatibilité avec l'application de la qualification de prestataire intermédiaire aux moteurs de recherche[1393].

[1391] *Ibid*., point 100.

[1392] Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc V. Agencia espagñola de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González » C-131/12, WP 225, 26 november 2014, p. 8.

[1393] En ce sens, Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit*., p. 69.

731. Cette approche signifierait néanmoins que la fonction autonome du fournisseur de liens est exclusive de la fonction d'intermédiation. Or rien ne permet de l'affirmer. Au contraire, l'arrêt *Google Spain* inclinerait plutôt à penser que ces deux fonctions sont distinctes et complémentaires. Dans cet arrêt, la qualification de responsable de traitement découle du fait que l'ordonnancement des liens constitue un ensemble informationnel autonome, distinct du contenu vers lequel les liens renvoient. C'est donc l'ordonnancement de liens en tant que tel qui est saisi à travers cette responsabilité. Le régime de responsabilité des prestataires intermédiaires de la directive 2000/31/CE vise, lui, à définir les conditions dans lesquelles le prestataire peut être exonéré de sa responsabilité dans la mesure où que les liens, qu'il a ordonnancés, renvoient vers des contenus illicites. Par conséquent, c'est l'opération de « renvoyer à » qui est saisie par cette responsabilité. Dès lors, la coexistence de ces responsabilités n'est pas incompatible[1394]. D'ailleurs, le RGPD, adopté après l'arrêt *Google Spain* énonce en son article 2 § 4 que : « [l]*e présent règlement s'applique sans préjudice de la directive 2000/31/CE, et notamment de ses articles 12 à 15 relatifs à la responsabilité des prestataires de services intermédiaires* »[1395]. Cette précision va donc le sens de notre analyse.

732. En tout état de cause, il découle de l'approche de la CJUE, que les moteurs de recherche sont couverts par le droit à la protection des données à caractère personnel en ce qui concerne leur activité d'ordonnancement de liens. Sur le fondement de ce cadre juridique, la Cour a consacré un droit au déréférencement des données à caractère personnel. Il nous faut désormais analyser la portée de ce droit au regard de la liberté de lier.

[1394] Rappr. *Ibid*., p. 71. V. également, Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome préc., point 10 « *[L]e lien vers un site ne modifie pas fondamentalement la perception, par le public, du contenu présent sur le site de l'éditeur mais contribue seulement à offrir un moyen différent d'y accéder ; l'agrégation et la hiérarchisation des résultats d'une recherche, ainsi que les bribes de renseignements qui les accompagnent, recomposent l'image* ». La façon dont ces auteurs identifient ces deux fonctions du lien au sein de la jurisprudence la CJUE correspond à l'essence de notre analyse.

[1395] Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit*., p. 69 ; Pour une analyse similaire, v. également, Bracha O ; Pasquale F., Federal Search Commission – Access, fairness and accountability in the law of search, Cornell Law Review, Vol. 93, n° 6, 2008, p. 1152, spéc., p. 1193 : « *Thus, search engines try to have it both ways-characterizing themselves as passive conduits when liability is concerned and claiming to be active speakers or discretionary editors when seeking the shelter of the First Amendment. However, these two claims can be reconciled if each is understood to refer to a particular type of speech. Search engines can plausibly claim to be passive conduits in relation to the content of websites to which they refer users. By contrast, search engines can plausibly claim to be active speakers of a different and distinct speech : the expressions and opinions embodied in the search results or rankings themselves* ».

§ 3. - Les conséquences de la spécificité : le régime *sui generis* du droit au déréférencement

733. L'arrêt *Google Spain* restera à n'en pas douter l'un des arrêts les plus marquants de la CJUE dans le domaine de l'Internet. La Cour y a en effet jugé que la qualité de responsable de traitement des moteurs de recherche impliquait le droit pour les internautes d'obtenir le déréférencement de leurs données à caractère personnel. Parfois désigné de manière imprécise comme un « droit à l'oubli numérique », ce droit vise spécifiquement l'activité d'ordonnancement de liens. Il oblige les moteurs de recherche à « *supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne* [...] »[1396]. Ce droit prend sa source, nous l'avons vu, dans une responsabilité singulière, fondée sur la recomposition d'une information personnelle préalablement mise en ligne par des tiers. Il est donc logique que la CJUE ait cherché à retranscrire cette singularité dans le régime du droit au déréférencement en adaptant les règles issues de la directive 95/46/CE à la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens. Il en découle un droit au déréférencement reposant sur des obligations particulières à la charge des fournisseurs de liens (A) et spécifiquement limité par le droit du public à l'information (B).

A. Un droit au déréférencement reposant sur des obligations particulières à la charge des fournisseurs de liens

734. Le droit au déréférencement consacré par la CJUE repose sur des obligations spécifiques au contexte de l'activité de moteur de recherche (1). Contrainte par les questions préjudicielles qui lui ont été posées, la CJUE n'a cependant pas clairement défini le régime du droit au déréférencement, pas plus que le RGPD adopté depuis lors. Une clarification de ces obligations est donc attendue, notamment au regard des questions préjudicielles relatives à la portée du déréférencement que le Conseil d'État français a récemment posé à la CJUE (2).

[1396] CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain,* préc, point 88.

1° Des obligations de déréférencement modérées fixées par l'arrêt Google Spain

735. Après avoir présenté le contenu des obligations de déréférencement (a), nous serons en mesure d'expliquer en quoi ces dernières apparaissent équilibrées et compatibles avec l'activité d'ordonnancement de liens, telle que celle des moteurs de recherche (b).

a) Le contenu des obligations de déréférencement

736. Après avoir qualifié le moteur de recherche de responsable du traitement, la CJUE devait déterminer si les articles 12, b)[1397] et 14, al. 1, a)[1398] de la directive 95/46/CE l'obligeaient à supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, les liens vers les pages web contenant des informations relatives à cette personne. Plus précisément, la Cour déduit de ces articles que c'est l'ensemble des conditions de licéité du traitement qui peut être examiné lors de l'exercice de cette prérogative.

737. À cet égard, l'article 6 de la directive 95/46/CE imposait au responsable de traitement d'évaluer la nécessité du traitement des données dans la mesure où que ces dernières peuvent devenir, avec le temps, incompatibles avec la directive 95/46/CE. Selon la CJUE, tel est le cas lorsque ces données apparaissent « *inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé* »[1399]. Certains liens ont ainsi pu faire remonter des informations pertinentes à un moment donné, informations qui sont désormais excessives ou inadéquates au vu du temps écoulé. Pour la Cour, il est par ailleurs indifférent que les données présentes sur le site web à l'origine de leur publication, et vers lesquelles le moteur de recherche renvoie, soient illicites et exactes. À travers ces éléments, les juges européen ont esquissé les critères dans le cadre desquels le droit au référencement peut être exercé. Ces

---

[1397] L'article 12, b) de la directive prévoyait que la personne concernée par le traitement puisse s'adresser au responsable de ce dernier afin d'obtenir « *selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données* » Cet article est désormais abrogé et remplacé par l'article 16 du RGPD.

[1398] L'article 14 al. 1, a) prévoyait, quant à lui, le droit « au moins dans les cas visés à l'article 7 points e) et f) [de la directive 95/46/CE], de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national ». Cet article est désormais abrogé et remplacé par l'article 21 du RGPD.

[1399] *Ibid*., point 93.

derniers sont d'ordre matériel – inexactitude, incomplétude, caractère excessif par rapport à la finalité d'information visée par le moteur de recherche – et temporel – information obsolète ou datée[1400].

738. À cela s'ajoute, pour le moteur de recherche, l'obligation de respecter le principe relatif à la légitimité du traitement posé à l'article 7 de la directive précitée. Selon la Cour, ces principes imposent au moteur d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence : le droit à la protection des données à caractère personnel, la liberté d'entreprise, et la liberté d'information du public. À cet égard, la CJUE a estimé que la protection des données à caractère personnel doit en principe prévaloir sur l'intérêt économique du moteur de recherche et sur l'intérêt du public à trouver des informations relatives à la personne concernée, hormis lorsque le public à un intérêt prépondérant à avoir accès à cette information. Le rôle joué par la personne dans la vie publique devra notamment être pris en compte par le moteur de recherche[1401].

739. Enfin, la Cour a précisé que le moteur de recherche ne pouvait se prévaloir de l'exception prévue à l'article 9 de la directive 95/46/CE, qui établit un régime dérogatoire pour les traitements réalisés à des fins journalistiques[1402]. Pour la Cour en effet, l'ordonnancement des liens relatifs à une personne « *facilite sensiblement l'accessibilité de ces informations à tout internaute effectuant une recherche sur la personne concernée et peut jouer un rôle décisif pour la diffusion desdites informations* »[1403] et « *est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée de la personne concernée que la publication par l'éditeur de cette page web* [1404] ». Selon Quentin Van Enis, la CJUE semble ainsi considérer que le moteur de recherche n'est pas suffisamment neutre par rapport aux données à caractère personnel pour échapper à la qualification de responsable de traitement, ni suffisamment proche du contenu pour revendiquer le bénéfice du régime de faveur accordé au traitement de données à des fins journalistiques[1405]. Cet aspect nous semble ainsi symptomatique de la spécificité de

---

[1400] Martial-Braz N., Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, Rec. Dalloz, 2014, p. 1481, n°6.

[1401] CJUE 13 mai 2014, *Google Spain,* préc, point 81. Sur ce point, v. *infra*, n°796.

[1402] *Ibid*., point 85.

[1403] *Ibid*., point 87.

[1404] *Ibid*.

[1405] Van Enis Q., Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen, Journal européen des droits de l'homme, préc., n°7.

l'activité d'ordonnancement aux yeux de la Cour : ni activité de divulgation ou de publication[1406], ni activité d'intermédiation.

740. Dans ce cadre, les internautes concernés pourront ainsi demander le déréférencement de leurs données à caractère personnel directement auprès des moteurs de recherche, qui seront chargés d'évaluer si les critères mis en avant par la CJUE sont satisfaits[1407]. Nous sommes d'avis que cette obligation vaut également pour l'ensemble des intermédiaires dont l'activité implique d'ordonnancer des liens dans les conditions visées par la CJUE dans l'arrêt *Google Spain*. Il reviendra donc en premier lieu à ces intermédiaires d'effectuer la mise en balance des intérêts contraires en présence. Cette conséquence de l'arrêt *Google Spain* n'a pas manqué d'occasionner de nombreuses critiques relatives à la « déjuridictionnalisation » de la conciliation des droits fondamentaux[1408]. Nous reviendrons sur les contours de cette conciliation lorsque nous évoquerons l'intérêt du public à bénéficier des liens renvoyant vers des données à caractère personnel. Ensuite, si le moteur de recherche, ou les intermédiaires du même type, ne donnent pas suite à la demande de déréférencement , les personnes concernées pourront saisir l'autorité de contrôle compétente ou l'autorité judiciaire afin qu'elle se prononce sur le bien-fondé de la demande[1409].

741. Dans la pratique, le droit au déréférencement est évidemment une source de contraintes pour les intermédiaires concernés, tant sur le plan technique que le plan économique : il implique en effet que les moteurs de recherche, qui semblent à ce jour les premiers concernés, mettent les internautes en capacité de signaler les contenus litigieux. À cette fin, des formulaires sont généralement mis en place pour que les internautes puissent indiquer les URL[1410] litigieuses et les raisons qui motivent leur demande au regard de la protection des données à caractère personnel. Il reviendra ensuite au moteur d'évaluer si cette demande est fondée au vu des critères matériels et temporels mis en place par la CJUE. Les critères d'inexactitude, d'incomplétude, le caractère obsolète ou plus pertinent ainsi que le caractère excessif des données à caractère personnel liées sont ainsi explicitement pris en compte dans les formulaires proposés par les

---

[1406] V. CJCE 16 décembre 2008, aff. C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, Rec, général, p. I-09831, point 61. La CJUE considère que relève de la notion « d'activité de journalisme » au sens de la directive 95/46/CE les activités qui ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit. Cette qualification n'est pas réservée aux seules entreprises de média.

[1407] *Ibid*., point 77.

[1408] V. en particulier Le Clainche J., CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel, RLDI, n°107, 2014 ; Van Enis Q., Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen, Journal européen des droits de l'homme, préc., n°10.

[1409] CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général.
point 77.

[1410] Dit autrement, l'adresse de localisation du contenu.

moteurs de recherche[1411]. Dans ce cadre, les moteurs de recherche ont été pleinement mis à contribution, d'autant que les demandes seraient évaluées manuellement[1412]. Ainsi, pour prendre l'exemple du moteur de recherche *Google*, 706 800 demandes de déréférencement concernant 2 658 651 URL lui ont été transmises depuis le 29 mai 2014.

Pourtant, les obligations citées ci-avant paraissent avoir un impact modéré au regard de l'activité d'ordonnancement de liens.

b) Des obligations équilibrées, compatibles avec l'activité d'ordonnancement de liens

742. Deux raisons permettent d'expliquer que les obligations découlant du droit au référencement sont compatibles avec l'activité d'ordonnnancement des liens. La première tient à « l'objet resserré »[1413] des obligations à la charge des moteurs de recherche et des prestataires exerçant une activité analogue d'ordonnancement des liens. Le droit au déréférencement ne vise effectivement que les liens affichés en relation avec le nom d'une personne. Il ne concerne, en conséquence, qu'une partie de l'activité des opérateurs précités. Cette observation induit également que ces liens pourront rester actifs dès lors qu'ils ne sont pas affichés à la suite d'une requête comprenant le nom de la personne concernée. Dans cette hypothèse, les liens fournis sont en effet insusceptibles de constituer un profil ou un aperçu structuré d'informations relatives à une personne identifiée. Au plan technique, c'est toute la différence entre un droit au déréférencement et un droit à la désindexation. Ce dernier implique que la ressource concernée ne figure plus dans les bases de données du fournisseur de liens ; elle n'est ainsi plus susceptible d'être liée, peu important les circonstances[1414].

743. La seconde raison tient à la prise en compte par la Cour de justice de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens. Dans l'arrêt, la CJUE précise ainsi que l'exploitant du moteur de recherche « *doit assurer, dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités, que celle-ci*

1411 V. par exemple le formulaire du moteur de recherche *Bing* : https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request.

1412 V. par exemple à propos du moteur de recherche *Google* : https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview.

1413 L'expression est empruntée aux professeurs Martial-Braz et Rochfeld : Martial-Braz N., Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, Rec. Dalloz, 2014, p. 1481, n° 10.

1414 Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc V. Agencia espagñola de protección de datos (AEPD)and Mario Costeja González » C-131/12, préc., p. 9 ; Bruguière J-M., Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement ? Responsabilité civile et assurances, N°5 étude 5, 2015, n°32.

[sa responsabilité] *satisfait aux exigences de la directive 95/46* »[1415]. La CJUE ne soumet donc pas le moteur de recherche à une responsabilité de plein droit : ce dernier dispose d'une marge de manœuvre dans l'appréciation de la légitimité de la demande déréférencement, à condition de respecter les critères matériels fixés par la CJUE. À cet égard, les lignes directrices publiées par le G29 à la suite la décision *Google Spain* ont précisé la méthode qui devrait être appliquée pour la mise en œuvre du déréférencement [1416]. Trois champs, composés de multiples critères, sont mis en avant. Selon le Groupe « Article 29 », le déréférencement devrait ainsi dépendre : de la qualité de la personne concernée[1417] (une personne publique, un personne mineure), de la nature des données en cause (exactitude, excessivité, sensibilité, obsolescence, le contexte) et du facteur temps (obsolescence des données). Si cette grille d'interprétation a vocation à servir de cadre commun aux autorités nationales, et donc par ricochet aux intermédiaires dont l'activité consiste à ordonnancer des liens, elle ne dispose d'aucune valeur juridique contraignante[1418]. Les intermédiaires précités doivent par conséquent s'en inspirer, sans y être strictement contraints. L'arrêt *Google Spain* impose ainsi des obligations modérées de déréférencement, qui tiennent compte de la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens et qui, de ce fait ne nous semblent pas incompatibles avec la liberté de lier.

744. Le RGPD, dont l'objectif était d'adapter le cadre européen de la protection de données aux évolutions technologiques intervenues depuis la directive de 1995, n'a pas sensiblement précisé, ni renforcé ces obligations[1419]. Ce texte ne contient, en effet, aucune disposition spécifique relative au droit au déréférencement. L'article 17, intitulé « *Droit à l'effacement (« droit à l'oubli »)* » témoigne d'une approche plus large du législateur européen qui vise à intégrer le droit au déréférencement dans une forme d'oubli numérique[1420]. Il faut néanmoins noter que l'article 17 § 2 du RGPD oblige les responsables de traitement, ayant rendu publiques les données, à prendre « *des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer les responsables du traitement qui traitent ces données à caractère personnel que la personne concernée a demandé l'effacement par ces responsables du traitement de tout lien vers*

[1415] CJUE 13 mai 2014, *Google Spain,* préc, point 38.

[1416] Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc V. Agencia espagñola de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González » C-131/12, préc., p. 13 et s.

[1417] Nous reviendrons sur ce point lorsque nous envisagerons le déréférencement au regard du droit du public à l'information. V. *infra*, n°792 et s.

[1418] En ce sens Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, RTD eur. 2016, p. 249.

[1419] Debet A., Google Spain : Droit à l'oubli ou oubli du droit ? Com. com. électr. n°7-8, étude 13, 2014. ; Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, préc., p. 250 ; Odinet G., et Roussel S., Renvoi préjudiciel, le dialogue des juges décomplexés, AJDA, 2017, p. 740.

[1420] Sur ce point, v. Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, préc., p. 250.

ces données à caractère personnel, ou de toute copie ou reproduction de celles-ci ». La formulation de cette disposition quelque peu ambiguë prévoit l'obligation, pour le responsable du traitement ayant rendu publiques les données à caractère personnel, d'informer des responsables de traitement tiers de demandes d'effacer tout lien vers ces données ou les copies ou reproductions qui en ont été faites.

745. Il reviendrait alorsà un moteur de recherche, par exemple, de prévenir l'éditeur d'un site de la mesure de déréférencement[1421]. En dehors de cet aspect, le RGPD ne fournit aucune indication sur la manière dont le droit au déréférencement devrait être mis en œuvre, bien que ce texte ait été adopté après l'arrêt *Google Spain*. Le choix a donc été fait par le législateur européen de confier cette tâche aux juges et aux autorités de protections tant au niveau national qu'au niveau européen. Il faut s'en féliciter, tant il est vrai que le droit au déréférencement, soumis aux évolutions technologiques, est certainement rétif à toute entreprise de codification[1422].

On peut stoutefois regretter que des lignes directrices n'aient pas été fournies : l'étendue des obligations à la charge des fournisseurs de liens est encore incertaine et pourrait évoluer dans un sens difficilement compatible avec la liberté de lier.

2° Des obligations à clarifier au regard de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens

746. Tel qu'il résulte de l'arrêt *Google Spain*, le régime du droit au déréférencement reste incomplet. Deux renvois préjudiciels effectués par le Conseil d'État français devraient d'ailleurs permettre à la CJUE de préciser la portée matérielle[1423] et territoriale[1424] du droit au déréférencement. À cet égard, nous observerons que les obligations de déréférencement à la charge des fournisseurs de liens pourraient être renforcées tant s'agissant du champ d'application matériel, en particulier en matière de données sensibles (a), que du champ d'application territorial (b).

1421 En ce sens, Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, préc., p. 251.

1422 En ce sens, *Ibid*.

1423 V. Conseil d'État, 24 février 2017, n° 391000, 392768, 399999,401258, Mme C, M.F, M.H, M.D ; CJUE, aff. C-136/17.

1424 V. Demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État le 21 août 2017, aff. C-507/17, *Coogle Inc c. Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

a) Vers une obligation renforcée de déréférencement en matière de données dites « sensibles »

747. Outre le respect du droit de rectification et du droit d'opposition de la directive 95/46/CE et, désormais du droit à l'effacement prévu par le RGPD, la qualification des moteurs de recherche en responsables de traitement emporte la conséquence que ces derniers sont soumis à l'ensemble des dispositions matérielles du droit européen de la protection des données. Ils devraient ainsi, en principe, être assujettis à un ensemble d'obligations particulièrement contraignantes et complexes dès lors qu'ils renvoient vers des pages contenant des « catégories particulières de données » au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE », désormais remplacé par les articles 8 et 9 du RGPD. Il s'agit là des données dites « sensibles » qui « *révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle* » ainsi que celles relatives aux condamnations pénales et aux infractions. Les obligations de déréférencement relatives à ce type de données demeurent inconnues, la Cour n'ayant pas été saisie sur ce point dans l'affaire *Google Spain*.

748. Telle est d'ailleurs la cause d'une demande de questions préjudicielles récemment formulée par le Conseil d'État[1425]. Il s'agissait de quatre affaires dans lesquelles une demande de déréférencement dans le cadre d'un traitement de données sensibles avait été refusée par *Google*, refus que l'autorité française de protection, la CNIL, avait ensuite validé. Les données en cause étaient de natures variées : un montage vidéo évoquant la relation qu'aurait entretenue une requérante avec un personnage public, un article de presse traitant du suicide d'une adepte de l'Eglise de Scientologie et mentionnant que l'un des requérants en était responsable des relations publiques au moment dudit suicide, des articles relatant la mise en cause d'un requérant dans le cadre d'une information judiciaire sur le financement d'un parti politique et, enfin, des articles concernant la condamnation d'un autre requérant pour des faits d'agressions sexuelles sur mineurs. Les quatre requérants ont contesté cette clôture d'examen de plaintes par la CNIL.

749. Dans ce contexte, c'est un ensemble de quatre questions préjudicielles que le Conseil d'État a posé. La première concerne le point de savoir si l'interdiction de principe du traitement de données relevant d'une catégorie particulière s'applique aux moteurs de recherche. La seconde question découle de la première : en cas de réponse positive, le Conseil d'État demande en effet si le moteur de recherche Google doit systématiquement faire droit aux demandes de déréférencement concernant de telles données. *A contrario*, la haute juridiction française demande si le moteur peut s'y opposer en se prévalant d'un

[1425] Conseil d'État, 24 février 2017, Mme C, M.F, M.H, M.D, n° 391000, 392768, 399999, 401258 ; CJUE, aff. 136/17.

fondement dérogatoire ou en arguant du fait que les données vers lesquelles il renvoie font l'objet d'un traitement effectué aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire. Dans sa troisième question, le Conseil d'État interroge la CJUE afin de savoir, en cas de réponse positive à la première question si le moteur de recherche, lorsqu'il constate l'illicéité du traitement sur la page web référencée, doit automatiquement faire droit à la demande de suppression du lien, ou s'il doit uniquement tenir compte de ce facteur afin d'apprécier la validité de la demande. À titre complémentaire, le Conseil d'État s'interroge également sur le point de savoir comment apprécier cette licéité lorsque le traitement ne relève pas du champ d'application territorial de la directive 95/46/CE. Enfin, la quatrième et dernière question concerne le point de savoir si le moteur de recherche est contraint de faire droit au déréférencement lorsque le demandeur établit que les données sont incomplètes, inexactes ou plus à jour, en particulier au regard de l'évolution d'une procédure judiciaire.

750. Si l'on ne peut préjuger des réponses qu'apportera la CJUE, il faut considérer, à l'instar du professeur Debet, que ces questions préjudicielles viennent illustrer les « *conséquences excessives* »[1426] de l'application de l'article 8 de la directive 95/46/CE aux moteurs de recherche[1427]. Cet article consacrant une interdiction de principe des données dites « sensibles », il nous semble que, de manière générale, le moteur de recherche devrait faire automatiquement droit aux demandes de référencement concernant ces données. En effet, comme le relève le professeur Debet, aucun fondement dérogatoire ne paraît pouvoir s'appliquer, en particulier au titre de l'article 8 a) et du e). Ce point est partagé par le Conseil d'État. La première des dispositions ci-avant évoquée autorise le traitement de données sensibles lorsque la personne concernée a donné son consentement exprès ; la second lautorise ce traitement lorsque la personne a elle-même rendu public les données sensibles.

751. Il ne paraît pas non plus concevable que le moteur de recherche puisse faire valoir que ces données ont été traitées de façon licite par le site référencé. Le fait que ce traitement soit réalisé sur la base de l'exception relative aux traitements effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, ne paraît pas non plus devoir jouer en faveur des moteurs de recherche. La CJUE a effectivement fermement établi dans l'arrêt *Google Spain* que le traitement opéré par le moteur de recherche se distingue de celui opéré par le site référencé et qu'il est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée que le traitement opéré par le site référencé.

[1426] Ainsi que l'estime d'ailleurs également le Conseil d'État dans son arrêt de renvoi, CE, 24 février 2017, Mme C, M.F, M.H, M.D, préc., point 22.

[1427] Debet A., Google Spain : la suite, encore des questions pour la CJUE, Com.com. électr. n°4, 2017 ; V. également Padova Y., Lebeau-Mariana D., Entre droit des données personnelles et liberté d'expression, quelle place pour les moteurs de recherche ? RLDI, n° 90, 2013.

752. Nous pouvons même nous demander si les moteurs de recherche ne devraient pas s'interdire de référencer des données sensibles à partir des sites internet qu'ils indexent. Dans le cas contraire, « *les moteurs seraient en infraction structurelle et continue avec la législation européenne* », puisque « *nombre de sites internet, de blogs, de profils sur les réseaux sociaux comportent de telles informations* »[1428]. Telle était également l'une des principales raisons ayant poussé l'Avocat général Jääskinen à s'opposer à ce que les moteurs soient qualifiés de responsables de traitement. Il nous semble cependant peu probable que la CJUE et, partant, le droit de l'Union prennent la voie d'une telle interdiction[1429]. En effet, aucun traitement n'a lieu si ces données sensibles ne sont pas mises en relation avec le nom d'une personne. Un moteur de recherche ne traite donc pas de manière structurelle de telles données.

753. En revanche, compte tenu de la nature particulière de ces données, il paraîtrait logique que les fournisseurs de liens soient tenus à une obligation de déréférencement plus stricte. Dès lors, sans doute la CJUE répondra-t-elle à la quatrième question du Conseil d'État de manière à imposer aux moteurs de recherche le déréférencement des données sensibles en cause, quelles qu'en soient l'exactitude, la complétude et la qualité. Une telle issue serait une source d'amoindrissement de la liberté de lier puisque les moteurs de recherche n'auraient aucune marge de manœuvre concernant ce type de données : il serait automatiquement responsables. Par ailleurs, le responsable de traitement qui traite des données sensibles est désormais soumis à l'obligation de mener une étude d'impact sur les risques engendrés par le traitement de ces données, en vertu de l'article 35 § 3 al. b du RGPD. En toute logique, il reviendrait aux opérateurs dont l'activité consiste à ordonnancer des liens de réaliser de telles études. Or il n'est pas aisé de définir quelles devraient être leurs obligations à cet égard, notamment compte tenu de la spécificité de leur activité.

754. Dans cette optique, il faut également s'interroger, à la suite du professeur Debet, sur la manière dont les moteurs de recherche devraient respecter les grands principes du droit européen de la protection des données à caractère personnel : doivent-ils, par exemple, respecter les principes de collecte loyale et transparente ? Faudrait-il que le moteur de recherche informe les personnes qui font l'objet d'un profilage à partir des résultats de recherche ? Le considérant 60 du RGPD incite à penser que l'obligation de loyauté et de transparence l'exige. Quelles seraient en outre les finalités du traitement ? Le seul référencement ? Comment garantir la sécurité des données référencées ? Autant de questions qui traduisent les fortes incertitudes qui entourent le champ matériel du droit au déréférencement. L'insécurité juridique qui en résulte est en tout cas de nature à porter préjudice au libre exercice de l'activité consistant à ordonnancer

[1428] Padova Y., Lebeau-Mariana D., Entre droit des données personnelles et liberté d'expression, quelle place pour les moteurs de recherche ?, préc.

[1429] CJUE, aff. C-131/12, *Google Spain*, conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen, 25 juin 2013.

des hyperliens. De manière similaire, la clarification attendue du champ d'application territorial du droit au déréférencement pourrait aussi se solder par un renforcement des obligations à la charge des moteurs de recherche et des prestataires ayant une activité analogue d'ordonnancement de liens (« *un fournisseur de contenus qui consiste à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de* préférence donné »)[1430].

La seconde incertitude qui pèse sur les obligations de déréférencement concerne son champ d'application territorial.

b) Vers une limitation des obligations concernant la portée territoriale du déréférencement

755. Dans l'arrêt *Google Spain*, la CJUE n'a pas précisé si le droit au déréférencement doit concerner l'ensemble des noms de domaine à partir desquels des recherches peuvent être effectuées (« .fr », « .de », « .com » etc.) ou seulement certains noms de domaines, comme celui correspondant à l'État à partir duquel la demande est effectuée. L'enjeu est de taille puisque la contrainte technique et financière imposée au fournisseur de liens variera selon l'échelle du déréférencement, tout comme la capacité du public à accéder à des informations en ligne. Nous reviendrons sur ce dernier point ultérieurement. Inversement, une protection complète des données à caractère personnel et de la vie privée des internautes semble impliquer un déréférencement le plus étendu possible.

756. Ces enjeux sont au cœur d'un second renvoi préjudiciel effectué par le Conseil d'État à la CJUE[1431]. Trois questions interdépendantes ont ainsi été posées par la juridiction française. Par sa première question, le Conseil d'État demande si le déréférencement mis en œuvre par un moteur de recherche doit porter « *sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur de telle sorte que les liens litigieux n'apparaissent plus quel que soit le lieu à partir duquel la recherche lancée sur le nom du demandeur est effectuée, y compris hors du champ d'application territorial de la directive du 24 octobre 1995 ?* »[1432].

1430 *Ibid*., point 41.

1431 V. Demande décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État le 21 août 2017, aff. C-507/17, *Coogle Inc c. Commission nationale de l'informatique et des libertés*.

1432 *Ibid*.

757. Par cette question, le Conseil d'État évoque une approche qui peut être qualifiée de maximaliste et d'universelle[1433] puisque le déréférencement devrait concerner l'ensemble des extensions du moteur de recherche et impacterait l'ensemble de ses utilisateurs. Elle est l'option qui fut privilégiée par le G29[1434] et défendue par la CNIL dans le contentieux dont sont issues les questions préjudicielles qui nous intéressent[1435]. La CNIL a en effet sanctionné *Google* pour ne pas avoir procédé à un déréférencement de type « universel ». Cette position est sous-tendue par deux séries d'arguments. Premièrement, pour la CNIL, une protection efficace et complète du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles exigerait un déréférencement de portée mondiale. À défaut, il serait aisé de contourner le déréférencement en ayant recours aux noms de domaine à partir desquels les liens sont toujours accessibles.[1436] Selon la CNIL, ce raisonnement serait d'ailleurs conforme à la logique de l'arrêt *Google Spain* dans lequel est souligné l'impératif d'efficacité de ces deux droits fondamentaux. Deuxièmement, la CNIL considère que la gestion du moteur de recherche s'apparente non pas à un traitement différencié en fonction des extensions locales mais à « *un traitement unique doté de multiples chemins d'accès techniques* »[1437]. Pour la CNIL, la solution contraire reviendrait ainsi à faire dépendre la mise en œuvre du déréférencement d'un choix d'organisation interne du moteur de recherche[1438].

758. Cette option est également la plus contraignante pour les fournisseurs de liens concernés. La volumétrie des URL à déréférencer, associée à l'absence *a priori* de limitation dans le temps du déréférencement, représente effectivement un coût technique et financier conséquent. À ce titre, cette approche ne tient pas compte de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens que la Cour a pourtant précisé : « *l'exploitant de ce moteur en tant que responsable de ce traitement doit assurer, dans le cadre de ses responsabilités, de ses compétences et de ses possibilités, que celui-ci satisfait aux exigences de la directive 95/46, pour que les garanties prévues par celle-ci puissent développer leur plein effet* »[1439]. Cette spécificité impliquerait donc que l'effectivité de la protection soit « *pondérée par l'étendue des possibilités du moteur de recherche, ne pouvant anticiper tous les biais de contournement consubstantiels à la société de l'information* »[1440]. Dans le domaine du droit d'auteur, la CJUE a, d'ailleurs,

---

1433 Padova Y., Le droit à l'oubli est il universel, régional ou « glocal » ? À la CJUE d'en décider, RLDI, n°145, 2018.

1434 Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc V. Agencia espagñola de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González » C-131/12, préc., p. 9.

1435 CNIL, Délibération n°2016-054 du 10 mars 2016.

1436 *Ibid*.

1437 *Ibid*. Sur ce point, v. en particulier, Padova Y., Le droit à l'oubli, un droit universel ? RLDI, n°130, 2016.

1438 *Ibid*.

1439 CJUE 13 mai 2014, *Google Spain,* préc, point 83.

1440 Chabert C., Quelles portée pour ce fameux « droit à l'oubli » des moteurs de recherche ? RLDI n°135, 2017.

constaté que, pour être efficace, il n'est pas nécessaire qu'une mesure de blocage empêche tout risque de contournement. Il suffit qu'elle ait « *pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental* »[1441].

759. Par ailleurs, un déréférencement universel soulèverait de sérieuses difficultés tant au regard des règles du droit international public que du principe de souveraineté des États[1442]. Les traités constitutifs de l'UE prévoient en effet expressément que le droit de l'Union n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls États membres[1443], « *donc a fortiori sur leur territoire et non au-delà* »[1444]. À cet égard, la CJUE a considéré dans l'arrêt *Lindqvist*, que le droit européen de la protection des données à caractère personnel n'a pas vocation à s'appliquer de manière universelle à l'ensemble des opérations ayant lieu sur Internet[1445]. Dans le cas contraire, « *les États membres seraient obligés d'empêcher toute mise sur Internet de données à caractère personnel* »[1446]. La Cour l'a d'ailleurs clairement souligné dans l'arrêt *Weltimmo*[1447]. Elle a en ainsi jugé que :

> « *il découle des exigences résultant de la souveraineté territoriale de l'État membre concerné, du principe de légalité et de la notion d'État de droit que le pouvoir de répression ne peut, en principe, s'exercer en dehors des limites légales dans lesquelles une autorité administrative est habilitée à agir, dans le respect du droit de l'État membre dont elle relève* »[1448].

760. Les autres questions posées par le Conseil d'État ouvrent cependant d'autres perspectives. La CJUE est effectivement sollicitée sur le point de savoir si, en cas de réponse négative à la première question :

1441 CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rec. général, point 62.

1442 V. en particulier Chabert C., Quelle portée pour ce fameux « droit à l'oubli » des moteurs de recherche ?, préc. ; Padova Y., Le droit à l'oubli, un droit universel ?, préc. ; Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, RTD eur. 2016, p. 249 ; Bruguière J-M., Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement ? Responsabilité civile et assurances, n°5, 2015, p. 15, n°32.

1443 V. l'article 52 du Traité sur l'Union européenne et l'article 355 du Traité sur le fonctionnement du l'Union européenne.

1444 Padova Y., Le droit à l'oubli, un droit universel ? préc.

1445 *Ibid*.

1446 CJUE 6 novembre 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist*, Rec. général, p. I-12971, point 69.

1447 En ce sens, Padova Y., Le droit à l'oubli, un droit universel ?, préc.

1448 CJUE 1 octobre 2015, aff. C-230/14, *Weltimmo*, Rec. général, point 56.

« un moteur de recherche est seulement tenu, [...], de supprimer les liens litigieux [...] sur le nom de domaine correspondant à l'État où la demande est réputée avoir été effectuée ou, plus généralement, sur les noms de domaine du moteur de recherche qui correspondent aux extensions nationales de ce moteur pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne ? »[1449]

761. Cette option peut par conséquent être qualifiée de régionale puisque la portée du déréférencement est limitée aux États membres de l'Union[1450]. En complément, il a été demandé à la CJUE si le droit au déréférencement implique que le moteur de recherche est :

« tenu de supprimer, par la technique dite du « géo-blocage », depuis une adresse IP réputée localisée dans l'État de résidence du bénéficiaire du « droit au déréférencement », les résultats litigieux des recherches effectuées à partir de son nom, ou même, plus généralement, depuis une adresse IP réputée localisée dans l'un des États membres soumis à la directive du 24 octobre 1995, ce indépendamment du nom de domaine utilisé par l'internaute qui effectue la recherche ? »[1451].

762. Cette solution a ainsi vocation à concerner tous les noms de domaine du moteur de recherche en en limitant son effet aux seules recherches effectuées depuis une adresse IP localisée dans un État membre de l'Union. Cette dernière option est donc une hybridation des deux premières[1452].

763. Ces deux solutions apparaissent plus souples pour les fournisseurs de liens tout en constituant des moyens effectifs de protection de la vie privée et des données à caractère personnel. L'option régionale a pour avantage d'être particulièrement aboutie tant sur plan pratique que théorique. Sur le plan pratique, comme l'explique Yann Padova, cette option est intéressante en raison des technologies de restriction géographique que les fournisseurs de liens peuvent mettre en œuvre[1453]. Les paramètres du moteur de recherche *Google*, par exemple, redirigent par défaut ses utilisateurs vers son extension française, même si ces derniers ont débuté leur recherche à partir de « Google.com ». Selon *Google*, cette technique conduirait ainsi à ce que moins de 3% des requêtes soient effectuées à partir d'une extension non européenne de son moteur[1454]. Satisfaisante sur le plan de l'efficacité, cette approche l'est également sur le

---

[1449] Demande décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État le 21 août 2017, aff. C-507/17, *Coogle Inc c. Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

[1450] Padova Y., Le droit à l'oubli est il universelle, régional ou « glocal » ? À la CJUE d'en décider, préc.

[1451] Demande décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État le 21 août 2017, aff. C-507/717, *Coogle Inc c. Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

[1452] Padova Y., Le droit à l'oubli est-il universel, régional ou « glocal » ? À la CJUE d'en décider, préc.

[1453] *Ibid.*

[1454] Agence espagnole de protection des données, Expediente n E/02887/2015, Resolución de archivo de actuaciones, 2 déc. 2015, p. 3. Cité par Yann Padova. Padova Y., Le droit à l'oubli est-il universel, régional ou « glocal » ? À la CJUE d'en décider, préc.

plan de la cohérence juridique. Ainsi que l'explique Yann Padova, « [l]*a force de l'option régionale réside en ce qu'elle fait coïncider trois éléments fondamentaux : l'origine textuelle européenne du droit au déréférencement (la directive) d'abord, son interprétation jurisprudentielle par l'autorité judiciaire suprême de l'Union européenne (la CJUE) ensuite, son « territoire numérique » d'application enfin* »[1455]. L'option hybride, le géoblocage, possède des atouts similaires. Du point de vue de l'efficacité, d'abord, ce type de blocage mis en place par le moteur de recherche *Google* serait en capacité de couvrir plus de 99 % des utilisateurs[1456]. Du point de vue de la cohérence juridique, ensuite, le géoblocage aurait pour avantage de respecter le principe de territorialité du droit européen de la protection des données à caractère personnel, tout comme le déréférencement régional. Dès lors, il nous semble que ces deux solutions seraient tout à fait susceptibles de garantir une protection efficace des données à caractère personnel tout en tenant compte de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens.

Si cette spécificité a vocation à influencer le périmètre des obligations des fournisseurs de liens, elle implique également que la protection des données à caractère personnel soit mise en balance avec le droit du public à l'information.

B. Un droit au déréférencement limité de manière relative par le droit du public à l'information

764. La seconde particularité du régime du droit au déréférencement concerne les limites que la Cour lui a fixées au regard de la liberté d'expression et d'information. Ces limites ont pour fondement l'article 7 de la directive 95/46/CE. Ce dernier énonçait qu'un traitement de données à caractère personnel peut être fondé dans le cas où ce traitement est : « *nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée* »[1457]. La formulation de cet article invitait donc la Cour à déterminer les cas où l'intérêt économique du moteur de recherche ou l'intérêt du public à trouver l'information à l'aide de ce moteur, pouvaient être opposés à la demande de déréférencement. À cet égard, la CJUE a estimé que, au vu de la gravité avec laquelle le référencement de données à caractère personnel est susceptible d'affecter le droit à la vie privée et la protection des données à caractère personnel, cette ingérence ne saurait être justifiée par l'intérêt économique du moteur de recherche. S'agissant de l'intérêt des internautes, l'analyse de la CJUE est

---

1455 *Ibid.*

1456 Chabert C., Quelles portée pour ce fameux « droit à l'oubli » des moteurs de recherche ?, préc.

1457 Désormais abrogé par le RGPD et remplacé par l'article 6 f) de ce dernier.

différente. Elle a en effet jugé que la suppression des liens à la suite d'une demande de déréférencement pourrait, en fonction de l'information en cause, troubler l'intérêt légitime des internautes à avoir accès à celle-ci[1458].

765. La notion juridique d'« intérêt des internautes » semble renvoyer tant à l'article 7 de la directive précitée qu'à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'UE concernant la liberté d'expression et d'information[1459]. Seul le renvoi à une liberté fondamentale concurrente peut effectivement justifier que la protection du droit tant au respect de la vie privée qu'à la protection des données à caractère personnel puisse être limitée. En particulier, il nous semble que la Cour vise ici la composante passive de ce droit, le droit à l'information[1460], en renvoyant à une dimension spécifique : la possibilité pour le public de trouver des informations sur Internet à l'aide d'un moteur de recherche. Par ce bais, la CJUE semble à nouveau souligner la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens sur Internet : cette activité serait indispensable aux internautes pour se repérer dans un espace saturé d'information. Cet aspect de l'activité consistant à ordonnancer des liens justifierait qu'elle soit rattachée au droit fondamental du public à l'information.

766. Cette prise en compte de l'intérêt du public à avoir accès à l'information est cependant immédiatement relativisée par la Cour. Elle estime en effet que s'il convient de rechercher un juste équilibre entre l'intérêt précité et le droit fondamental à la vie privée et au respect de la protection des données personnelles, ces dernières « *prévalent, en règle générale, sur ledit intérêt des internautes* »[1461]. La Cour envisage seulement la possibilité inverse dans le cadre d'une approche *in concreto*. C'est ainsi au vu de « *la nature de l'information en question et de « sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée* », « *ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment, au regard du rôle joué par cette personne dans la vie publique* » qu'un refus de déréférencement pourra être opposé[1462].

767. Le rôle joué par la personne dans la vie publique est donc au cœur de la mise en balance des intérêts. Or la CJUE n'a pas précisé la teneur de cette notion en droit de l'UE. Le G29 a néanmoins fourni

---

[1458] CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général, point 81.

[1459] En ce sens, Le Clainche J., CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel, préc.

[1460] Sur cet aspect du droit fondamental à la liberté d'expression, v. par ex. Sur cette distinction voir par ex. Strowel A., Tulkens F., Liberté d'expression et droit concurrent : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité, Anthémis, 2008, 178 p., n°56 et s. ; Sudre F., Droit européen et international des droits de l'homme, 13ème éd., P.U.F, coll. Droit fondamental, 2016, 1005 p., n°538 ; Zollinger A., Droit d'auteur et droits de l'Homme, 2008, Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, coll. Thèse, 478 p., spéc., n°873 et s.

[1461] CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* préc, point 81.

[1462] *Ibid.*

certaines recommandations à cet égard, par référence à la définition adoptée par le Conseil de l'Europe dans sa résolution 1165 (1998) sur le droit à la vie privée. Les « personnes publiques » devraient ainsi s'entendre des personnes « *qui exercent des fonctions publiques et/ou utilisent des ressources publiques et, d'une manière plus générale, toutes celles qui jouent un rôle dans la vie publique, qu'il soit politique, économique, artistique, social, sportif ou autre* »[1463]. Cela étant, le G29 a aussitôt précisé que certaines informations concernant ces personnes ont vocation à relever de la vie privée. Tel serait le cas de données relatives à la santé ou à la famille[1464]. Conformément à la formulation large de cette définition, certains auteurs estiment que devraient également être inclues les personnes qui, sans être célèbres, ont une fonction de représentation publique (syndicaliste, membre d'une communauté religieuse, etc.) ou font autorité dans leur communauté (directeur d'université, fonctionnaire occupant un poste important, etc.)[1465]. Il faut cependant observer que le rôle joué par la personne dans la vie publique sera un élément important, mais non absolument déterminant du refus de déréférencement. La Cour a, en effet, jugé que l'intérêt du public à disposer de l'information litigieuse pourra *notamment* varier en fonction du rôle joué par la personne dans la vie publique. D'autres éléments devraient donc être pris en compte si bien que, au final, une appréciation *in concreto* de la légitimité du public à être informé devrait prévaloir[1466].

768. En tout état de cause, il résulte de cette approche de la Cour une hiérarchisation des droits fondamentaux dans le cadre du droit au déréférencement : le principe est la primauté de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Par exception, le droit du public à l'information pourra limiter le droit au déréférencement.

769. Cette hiérarchisation nous semble à nouveau témoigner de l'appréhension spécifique de l'ordonnancement de liens par la CJUE. Une comparaison avec l'approche de l'hyperlien qui fut celle de la CJUE dans l'arrêt *GS Media* permettra de mieux le comprendre. Dans cette affaire, la Cour s'est appuyée sur le droit à la liberté d'expression et d'information pour écarter, en principe, l'application du droit de communication au public de l'auteur à un hyperlien, quand bien même ce dernier renverrait-il vers un contenu publié sans autorisation du titulaire de droit[1467]. Pour la Cour, effectivement, il fallait :

[1463] Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1165 (1998) sur le droit au respect de la vie privée.

[1464] Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc V. Agencia espagñola de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González » C-131/12, WP 225, 26 november 2014, p. 8.

[1465] Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, préc., spéc., p. 263 et s.

[1466] En ce sens, *Ibid*, p. 264.

[1467] V. *supra*, n°793.

« *constater qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations* »[1468].

770. Dans l'arrêt *GS Media*, la pose d'un lien prévaut en principe sur un droit exclusif de la propriété littéraire, tant au titre de la composante active de l'article 11, la liberté d'expression, que de sa composante active, la liberté d'information. Ainsi, l'article 11 protège tant le poseur de liens au titre de sa liberté d'expression, que la capacité du public d'accéder à des informations par le biais des liens au titre de la liberté d'information. Cette approche est à l'opposé de celle de la Cour dans l'arrêt *Google Spain* lors de la mise en balance des droits fondamentaux. D'abord, nous l'avons vu, le droit du public à l'information est considéré comme étant en principe inférieur au droit à la vie privée et à la protection des données personnelles ; ensuite parce que la Cour n'envisage pas que le référencement puisse être protégé au titre de la liberté d'expression du moteur de recherche[1469] ou des éditeurs de contenus qui se voient déréférencés[1470]. Cette différence de traitement de l'hyperlien ne peut se comprendre que si l'on considère que la Cour vise en réalité deux activités spécifiques, dont les différences rejaillissent sur leur régime respectif. Selon nous, en matière de droit au déréférencement, la supériorité de principe de la vie privée et des données à caractère personnel sur le droit à l'information traduit la singularité de l'activité consistant à ordonnancer des liens par rapport au lien pris en tant que tel[1471].

Conclusion de la section 1

771. À partir de l'arrêt *Google Spain* nous avons pu observer qu'en droit de l'Union, l'activité consistant à ordonnancer des liens peut être regardée comme une activité spécifique. Lorsque la CJUE a appliqué la qualification de responsable de traitement de données à caractère personnel à un moteur de recherche, elle a par le fait considéré que ce dernier pouvait être qualifié de responsable autonome de traitement. Autrement dit, le moteur de recherche n'est pas responsable du fait des données à caractère personnel traitées par un tiers mais bien parce que les liens qu'il ordonnance, qu'il agrège, constituent un

---

[1468] CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 45.

[1469] Sur cet aspect, v. Van Hoboken J., Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012, Thèse, Amsterdam, 386 p., p. 176 et s. accessible à : https://dare.uva.nl/search?identifier=df2041ce-167d-4e00-9a06-c3937ec5acca. Dernier accès le 01/03/2019.

[1470] Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, préc. spéc., p. 266 et s.

[1471] En ce sens, Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome, Rec. Dalloz, 2014, p. 1476.

contenu informationnel propre, relatif auxdites données. Les liens ordonnancés sont ainsi susceptibles de constituer un profil informationnel relatif à une personne. De ce point de vue, d'autres activités consistant à fournir des liens, telle l'agrégation de contenus, pourraient être appréhendées de la même manière. Cette qualification n'exclut cependant pas que l'activité consistant à ordonnancer des liens puisse en outre relever d'une activité d'intermédiation lorsqu'elle est envisagée du point de vue du contenu lié. Conceptuellement, la responsabilité du fait du contenu lié est en effet parfaitement distincte et compatible avec une responsabilité relative aux liens envisagés en tant que tels.

772. Le droit au déréférencement des données à caractère personnel est la conséquence de l'application de la qualification de responsable de traitement aux moteurs de recherche. Ce droit désigne l'application par la CJUE des règles de la directive 95/46/CE aux moteurs de recherche d'une manière adaptée à la spécificité de leur activité. Il permet à l'internaute d'obtenir le déréférencement des liens se rapportant à son nom dès lors que les données à caractère personnel ainsi traitées se révèlent incomplètes, inexactes ou obsolètes. L'intérêt légitime des internautes à accéder à cette information doit également être pris en compte et peut, par exception justifier un refus de déréférencement. Par ailleurs, de nombreuses incertitudes entourent le régime du droit au déréférencement, tant s'agissant de son champ d'application matériel que territorial. L'analyse de ces flous nous a permis de montrer que le droit au déréférencement se fond malaisément dans les règles encadrant la protection des données en raison de la singularité de l'activité d'ordonnancement des liens.

Si cette spécificité a été premièrement mise en évidence dans le cadre de la régulation des données personnelles, d'autres initiatives sectorielles plus récentes entendent également réguler les effets particuliers de l'ordonnancement des liens sur l'écosystème d'Internet.

Section 2. - Une spécificité encadrée de manière limitée dans le cadre de la régulation des plateformes en ligne

773. La section précédente nous a permis d'observer que le droit de l'UE tend à envisager la spécificité de l'activité consistant à ordonnancer des liens. Cette activité définit en effet le champ des informations qui seront visibles et donc accessibles aux internautes et n'est pas neutre juridiquement. C'est dans cette perspective que le droit au déréférencement des données à caractère personnel poursuit l'objectif de réguler les profils d'informations personnelles qui peuvent résulter de l'ordonnancement des liens. La prise en compte de cet effet de l'ordonnancement des liens en droit de l'UE dépasse cependant désormais le droit des données personnelles. En définissant le profil des informations susceptibles d'être vues,

l'ordonnancement de liens revêt plus globalement un rôle déterminant auprès des fournisseurs de contenus et des utilisateurs finaux. La Commission européenne avait souligné l'importance de cet aspect dans sa communication intitulée « Stratégie pour un marché unique en Europe » :

> « *Les plateformes en ligne (par exemple, les moteurs de recherche, les médias sociaux, les plateformes de commerce électronique, les boutiques d'applications, les comparateurs de prix) jouent un rôle de plus en plus important dans la vie économique et sociale : elles permettent aux consommateurs de trouver des informations en ligne et aux entreprises de tirer parti des avantages du commerce électronique* »[1472].

774. Si la Commission européenne cible ici les plateformes en ligne en général, la notion recouvre également les services dont l'activité consiste à agréger et à ordonnancer des liens. Les moteurs de recherche et les médias sociaux font effectivement partie des activités expressément ciblées par la Commission européenne. Il nous faut néanmoins préciser que la notion de plateforme, quoiqu'encore largement débattue[1473], est vaste et dépasse largement le seul cadre de la fourniture de liens. Au sens où l'entend la Commission européenne, la notion se définit à l'aune de caractéristiques multiples : la capacité à façonner de nouveaux marchés et de nouvelles formes de participation en ayant recours à l'utilisation de gros volumes de données, un fonctionnement sur des marchés bifaces ou multifaces[1474] en exerçant un degré variable de contrôle sur les groupes d'utilisateurs, le recours à des effets de réseaux[1475], le recours fréquent aux technologies de la communication et de l'information, et un rôle crucial dans la création de valeur numérique. Ces caractéristiques, que partagent les intermédiaires fournisseurs de liens, justifient aux yeux de la Commission européenne que les plateformes en ligne fassent l'objet d'une régulation spécifique : l'objectif annoncé est d'encadrer la manière dont ces opérateurs d'un nouveau genre conditionnent la diffusion et l'accès aux contenus en ligne. Dans cette optique, et depuis lors, les initiatives législatives et non législatives ont été multiples. Cette régulation naissante permettra de prendre en compte la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens à travers l'encadrement des pratiques

---

1472 Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM 2015 (192) Final, 06/05/2015.

1473 Sur cette notion, v. en particulier., Sénéchal J., L'opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de services interpersonnels *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 15 et s.

1474 Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016, p. 3.

1475 En économie un « effet de réseau » désigne un bien ou un service dont l'utilité pour les utilisateurs augmente en fonction du nombre d'utilisateurs actuel ou potentiel de ce service. Sur Internet, en particulier sur les plateformes en ligne, les effets de réseaux sont particulièrement prononcés.

discriminatoires qui pourraient affecter la visibilité et l'accessibilité des contenus liés (§1). La portée de cet encadrement est toutefois limitée en raison de son champ d'application essentiellement économique (§2).

§ 1. - Un encadrement émergent des pratiques discriminatoires concernant le référencement des contenus liés

775. L'approche de la Commission européenne concernant l'encadrement des plateformes en ligne est largement orientée vers la régulation du marché. Il découle logiquement de cette approche que le contrôle des discriminations pratiquées par les plateformes est envisagé par la Commission européenne tant du point de vue des fournisseurs de contenus que des consommateurs. C'est donc également dans cette perspective qu'il y a lieu d'envisager les initiatives européennes ayant pour effet d'encadrer les discriminations dans l'ordonnancement des hyperliens. À ce titre, nous envisagerons dans un premier temps les initiatives visant la protection des fournisseurs de contenus contre l'ordonnancement discriminatoire (A), puis celles relatives à la protection des consommateurs (B). Cette analyse nous permettra à nouveau d'observer que l'ordonnancement de liens est appréhendé dans sa spécificité : il influence directement la manière dont l'information est diffusée et accessible sur Internet.

A. Des initiatives visant la protection des fournisseurs de contenus

776. Dès le début de son actuelle mandature, en 2015, la Commission européenne avait souligné l'importance de protéger les fournisseurs de contenus des effets négatifs du référencement par les grandes plateformes de l'Internet[1476]. Elle avait estimé que certaines grandes plateformes ont une autorité sur l'accès aux marchés en ligne, et qu'il existe un risque que ces opérateurs favorisent leurs propres services de fourniture de contenus (dès lors que ces plateformes sont verticalement intégrées) au détriment de ceux des concurrents. Ces orientations politiques ont notamment été formulées dans un contexte où le moteur de recherche *Google* était accusé par la Commission européenne d'abuser de sa position dominante en favorisant son propre comparateur de prix au sein des résultats de recherche[1477]. Ce type de pratiques a été jugé hautement problématique par la Commission européenne : en biaisant en sa faveur l'ordonnancement des liens pointant vers des comparateurs de prix, *Google* nuit à la concurrence et aux consommateurs[1478]. Dans le même temps, des initiatives nationales visant à réguler l'activité des plateformes ont vu le jour. La

---

1476 Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, préc., p. 12 et 13.

1477 Commission européenne, IP.17/1784, du 27 juin 2017 ; V. également, European Commission, AT. 39740 –*Google Search (Shopping)*),, 27/06/2017.

1478 Sur ce point, v. *infra*, n°859 et s.

France, notamment, a imposé avec la loi *Pour une République numérique*[1479] des obligations de loyauté et de transparence[1480]. La multiplication des initiatives au sein des États membres imposait donc à la Commission européenne d'intervenir afin d'éviter tout risque de fragmentation du marché unique numérique.

777. La Commission a, en conséquence, confirmé et précisé sa volonté de réguler les plateformes en ligne lors de sa communication sur les « *Plateformes en ligne et le marché unique numérique* »[1481]. La Commission européenne y indique, en particulier, que la réglementation européenne relative aux plateformes devra avoir pour objectif de garantir des marchés ouverts et non discriminatoires. Les services dont l'activité consiste à, ou implique d'ordonnancer des liens sont également couverts par cet objectif. Les modalités selon lesquelles les liens sont ordonnancés contribuent en effet à définir la manière dont les fournisseurs de contenus apparaissent aux internautes. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Commission européenne inclut les moteurs de recherche parmi les opérateurs de plateforme en ligne.

778. Afin d'atteindre cet objectif, la Commission européenne a récemment effectué une proposition de règlement destiné à promouvoir l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de service d'intermédiation en ligne[1482]. L'article 1 de la proposition de règlement, qui définit son objet et son champ d'application de la proposition de règlement, indique que les moteurs de recherche ont vocation à être couverts. L'article 2 définit quant à lui l'activité de moteur de recherche comme : « *un service numérique qui permet aux utilisateurs d'effectuer des recherches [...] sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot-clé, d'une expression ou d'une autre entrée, et qui renvoie des liens à partir desquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé* »[1483]. Cette inclusion est remarquable : pour la première fois l'activité de moteur de recherche est spécifiquement ciblée et définie par une initiative législative de l'UE. Le considérant 3 de la proposition de règlement précise la *ratio legis* de cette inclusion. Il indique que :

> « *même en l'absence de relation contractuelle avec leurs utilisateurs qui sont des entités ayant recours à un site web d'entreprise, les moteurs de recherche en ligne généralistes posent également un*

[1479] Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

[1480] Sur ce point, V. Rochfeld J., Zolynski C., La « loyauté» des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, Dalloz IP/IT, 2016, p. 520.

[1481] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc.

[1482] Commission européenne, Proposition de règlement au Parlement et au Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM (2018) 238 Final, 26/04/2018.

[1483] Dans la dernière version du texte, issue du trilogue, la définition de moteur de recherche est légèrement modifiée. Il y est notamment précisé que les résultats de recherche peuvent être affichés dans n'importe quel format et non pas seulement sous la forme de liens.

problème de dépendance, en particulier en ce qui concerne les pratiques de classement potentiellement préjudiciables, qui peuvent nuire aux entreprises utilisatrices »[1484].

779. En pointant les pratiques de classement opérées par les moteurs de recherche, la proposition de règlement reconnaît donc la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens : le classement des liens, autrement dit leur ordonnancement, représente une source d'information autonome. Il s'en dégage une hiérarchie des contenus les plus pertinents, qui est susceptible d'influencer la réussite commerciale des « entités ayant recours à un site web d'entreprise ». Telle est d'ailleurs la définition de la notion de « classement » que l'article 2 § 8 de la proposition établit : « *la priorité relative* [...] *accordée aux sites web indexés pour les consommateurs par les moteurs de recherche en ligne, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués* [...] ».

780. La proposition de règlement entend encadrer la manière dont l'ordonnancement des liens est effectué, avant tout en imposant des mesures de transparence. L'article 5 § 2 obligerait les moteurs de recherche à indiquer aux entreprises, ayant recours à un site web d'entreprise, les principaux paramètres déterminant le classement des hyperliens qu'ils présentent dans les résultats de recherche. Ces explications devront être facilement accessibles et formulées en des termes clairs et dénués d'ambiguïté. L'article 5 § 3 précise que ces explications devront, par ailleurs, indiquer : si le classement des liens tient compte des caractéristiques des biens et des services pointés mais également la pertinence de ces caractéristiques pour les consommateurs et les caractéristiques du site web référencé. Enfin, l'article 13 § 2 de la proposition de règlement prévoit que la Commission européenne devra encourager l'élaboration de codes de conduite afin de favoriser l'application de ces mesures de transparence. L'effectivité de ces mesures serait garantie par des possibilités de recours prévues à l'article 12 de la proposition. Cette disposition devrait permettre, aux organisations et associations qui ont un intérêt légitime à représenter les entités ayant recours à un site web d'entreprise, ainsi qu'aux organismes publics établis dans les États membres, de saisir les tribunaux nationaux dans l'Union afin de faire cesser ou d'interdire tout manquement de la part des moteurs de recherche en ligne aux exigences applicables découlant du présent règlement.

781. Il ressort ainsi de la proposition de règlement un modèle de régulation de l'activité d'ordonnancement des liens basé sur la transparence – ou plus exactement sur la « compréhensibilité » - des conditions d'ordonnancement des liens. Ce modèle donne également une place importante à la co-régulation puisque les moteurs de recherche sont incités à définir eux-mêmes les bonnes pratiques en la matière. De ce fait, cette approche souple nous semble adaptée au caractère complexe et évolutif des

[1484] *Ibid*., considérant 3. Dans le texte de compromis issu du trilogue, v. considérant 4.

technologies au cœur du fonctionnement des services de moteurs de recherche. Elle devrait donc avoir un impact limité sur l'activité de lier. Enfin, ce modèle de régulation spécifique entérine, de la même manière, le fait que le droit positif n'est pas suffisant pour saisir la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens eu égard aux fournisseurs de contenus.

Du côté des consommateurs, des initiatives assez proches visent à encadrer les préjudices potentiels qui pourraient résulter de cette activité.

B. Des initiatives visant la protection des consommateurs

782. La protection des consommateurs fait également partie des priorités de la Commission européenne dans le cadre de la régulation des plateformes en ligne. La Commission européenne l'a clairement affirmé : le principe de transparence et d'impartialité des plateformes en ligne doit guider cette régulation afin de préserver la confiance des utilisateurs et l'innovation[1485]. Par ces mots, la Commission vise notamment la spécificité de l'activité de l'ordonnancement de liens, qui en contextualisant l'information présente sur Internet, influence les décisions de consommation ainsi que la manière dont les citoyens s'informent. La Commission européenne a d'ores et déjà décidé de prendre certaines mesures propres aux fournisseurs de liens afin de garantir leur transparence et leur impartialité dans leur rapport avec les utilisateurs finaux. Ces mesures trouvent principalement leur expression au travers d'initiatives prises dans le cadre de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales (1). À la marge, la proposition de révision de la directive sur les services de médias audiovisuels (SMA) pourrait aussi inclure des règles concernant la protection des consommateurs dans leur rapport direct avec les hyperliens (2).

1° Une protection s'exprimant principalement par des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales

783. La Commission européenne estime, en effet, que « *les utilisateurs ont également besoin de plus de transparence pour comprendre comment les informations qui leur sont présentées sont filtrées, mises en forme ou personnalisées, surtout lorsque ces informations fondent des décisions d'achat ou conditionnent leur participation à la vie civique ou démocratique* »[1486]. Selon la Commission européenne, des classements fiables, et exempts de tout biais ou de toute manipulation sont ainsi la condition *sine qua*

[1485] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc., p. 6.
[1486] *Ibid.*

non du bien-être du consommateur. Afin de favoriser ce bien-être nécessaire à la réalisation du marché unique numérique, la Commission européenne a pris des mesures spécifiques aux activités consistant à ou impliquant d'ordonnancer des liens.

784. Ces mesures ont été introduites par un document d'orientation de la Commission européenne concernant l'application de la directive 2005/39/CE relative aux pratiques commerciales déloyales (DCPD)[1487]. La Commission européenne s'est appuyée sur des articles de la DCPD : l'article 6 § 1 c), qui interdit aux professionnels de tromper les consommateurs sur la motivation des pratiques commerciales, la nature du processus de vente, et le parrainage ou l'appui direct ou indirect de professionnels ou de produits, et sur l'article 7 § 2, qui interdit aux professionnels de dissimuler l'intention commerciale d'une pratique commerciale. En application de ces articles, la Commission européenne impose aux moteurs de recherche de signaler de manière claire et ostensible les résultats de recherche pointant vers un site web qui a payé pour être référencé. Ainsi, le DCPD impose aux moteurs de recherche de classer les résultats de recherche sur la base de leur pertinence, à moins que les consommateurs ne soient informés qu'il en est autrement.

785. Une récente proposition de directive dite « nouvelle donne pour les consommateurs »[1488] vise à consacrer et à conférer une valeur législative à cette approche. L'article 1 § 6 de la proposition prévoit de modifier l'annexe I de la DCPD, afin d'inclure parmi les pratiques réputées déloyales en toutes circonstances le fait de ne pas indiquer clairement dans les résultats de recherche le caractère commercial des liens affichés. Par identité de motifs, il nous semble que ces règles devraient s'appliquer de la même manière à d'autres fournisseurs de liens amenés à présenter aux utilisateurs des liens commerciaux en parallèle de liens naturels. Tel peut être le cas des agrégateurs de contenus ou des réseaux sociaux.

786. Ces règles européennes du droit de la consommation sont ainsi destinées à permettre aux consommateurs d'avoir une représentation plus juste des contenus du web auxquels ils accèdent par le biais des hyperliens. Elles montrent bien que l'activité d'ordonnancement de liens est destinée à être encadrée en tant qu'activité autonome : les liens ordonnancés ne sont pas envisagés au travers du renvoi vers un contenu mais pour eux-mêmes, en tant qu'ils sont des liens organiques ou des liens commerciaux.

[1487] Commission européenne, « Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/ce relative aux pratiques commerciales déloyales », SWD (2016) 163 final du 25/05/2016.

[1488] Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, COM (2018) 185 Final du 11/04/2018.

2° Une protection susceptible de s'exprimer marginalement dans le cadre de la directive SMA

787. La directive sur les service de médias audiovisuels (directive SMA)[1489] est un texte dont la finalité est d'harmoniser et d'encadrer les conditions dans lesquelles les services de médias linéaires (télévision) et non linéaires (vidéo à la demande ou VOD, par abonnement ou non) sont fournis au sein de l'Union européenne[1490]. Cette directive cherche ainsi à atteindre des objectifs d'ordre économique et des objectifs d'ordre culturel. S'agissant des premiers, la directive a pour objectif de permettre la libre circulation des services de médias audiovisuels, grâce au principe du pays d'origine, et une concurrence loyale entre les services linéaires et non-linéaires[1491]. S'agissant des seconds, la directive entend favoriser le pluralisme des médias, le respect et la promotion de la diversité culturelle et linguistique par la promotion de l'audiovisuel européen, la protection des mineurs et de la dignité humaine au sein des médias audiovisuels en Europe[1492].

788. Afin d'adapter le modèle européen de l'audiovisuel aux évolutions technologiques, et notamment à la consultation de plus en plus massive de vidéos sur les plateformes en ligne, la Commission européenne a effectué une proposition de révision de la directive SMA. Cette dernière a été définitivement adoptée le 14 novembre 2018[1493].

789. Il est important de relever que la directive 2018/1808 vise à soumettre à la réglementation européenne des médias audiovisuels, les plateformes de partage de vidéos chargées par les utilisateurs, lesquelles étaient auparavant exclues du champ couvert par la directive SMA. L'objectif est d'associer ces nouveaux acteurs du secteur audiovisuel européen aux objectifs économiques et culturels précités[1494]. En particulier, le texte entend responsabiliser les plateformes de partage de vidéos eu égard aux contenus

---

[1489] Directive du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») du 10 mars 2010, JOUE L 95, p.1.

[1490] Sur cette directive, v. notamment, Dérieux E., Directive « services de médias audiovisuels », RLDI, n°35, 2008 ; Barbato C., La directive de « services de médias audiovisuels » (SMA) : vers un renouvellement du modèle audiovisuel européen ?, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, 2008, p. 52 ; Blandin Annie, La fourniture de services de médias audiovisuels : modification du cadre réglementaire face à la diversification de l'offre , Journal de droit européen, n° 149, 2008, p. 143 ; Blandin A., La télévision sans frontière avec Internet : interaction et ordre juridique, La revue des sciences de Gestion, Direction et Gestion, n°263-264, 2013, p.117 ; Valcke P., Stevens D., Lievens E., Werkers E., Audiovisual Services in the EU. Next generation approach or Old Wine in New barrels ?, Communication & Strategies, n°3, 3rd quarter, 2008, p. 103.

[1491] Directive 2010/13/UE « Services de médias audiovisuels » , préc., considérant 2, 10 et 33.

[1492] *Ibid*., considérant 5, 12, 60 et 66.

[1493] Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché JOUE L 303 du 28/11/2018, p. 69.

[1494] *Ibid*., considérant 1.

haineux et préjudiciables, spécialement lorsqu'ils sont transmis à des mineurs[1495]. Le considérant 48 du texte adopté par le Parlement européen précise que cette responsabilisation porte sur l'organisation du contenu et non sur le contenu lui-même. À cette fin, la directive SMA inclut désormais un 28 ter qui énumère les mesures que les opérateurs de plateformes doivent prendre afin d'empêcher la diffusion de ces contenus. Les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos devront ainsi inclure et appliquer dans leur condition d'utilisation des exigences relatives à la protection contre l'incitation à la violence ou à la haine et à la protection contre les contenus susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs.

790. Puisque la notion de plateformes recouvre certains fournisseurs de liens, tels que les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus ou les médias sociaux, il est loisible de se demander dans quelle mesure l'article 28 ter est susceptible d'affecter la manière dont les liens sont ordonnancés. La philosophie de cet article est, en effet, d'empêcher la diffusion de contenus audiovisuels préjudiciables ou haineux par le biais des plateformes en ligne. Or l'ordonnancement peut contribuer à rendre plus visible ce type de contenus, à en définir la représentation parmi l'ensemble des contenus du web. Toutefois, ce n'est qu'à titre marginal que ces règles pourraient s'appliquer à l'activité d'ordonnancement de liens au vu de la définition de plateformes de partage de vidéos retenue au sein directive SMA modifiée. Un service de plateforme de partage de vidéo est ainsi décrit comme :

> « *un service défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service ou une fonctionnalité essentielle du service est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer, par le biais de réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/21/CE, et dont l'organisation est déterminée par le fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquencement* »[1496].

791. En fonction de ces critères, il est évident que les moteurs de recherche et l'ensemble des agrégateurs de liens sont exclus de la catégorie de plateformes de partage de vidéos dans la mesure où ils ne stockent pas de contenus mis à disposition par leur utilisateur. Par ailleurs, le considérant 6 de la

---

[1495] *Ibid*., considérant 45.

[1496] Directive (UE) 2018/1808, préc., art. 1.

directive 2018/1808 énonce que : « *Les clips vidéos incorporés dans le contenu éditorial des versions électroniques de journaux et de magazines et les images animées, au format GIF notamment, ne devraient pas être couverts* ». La pratique des liens transclusions vers un contenu vidéo, intégrés dans les articles de presse en ligne – cette pratique étant relativement courante – n'est donc pas couverte par le texte. Cette conclusion est en revanche plus incertaine pour les médias sociaux et les agrégateurs de contenus. Faut-il, par exemple, considérer que *Facebook* ou *Twitter* relèvent de la catégorie de plateformes de partage de vidéos en raison du fait qu'ils peuvent stocker et organiser des liens *frame* postés par leurs utilisateurs ? La proposition initiale de la Commission européenne l'excluait : elle estimait que le texte ne visait pas les réseaux sociaux. En outre, il pourrait être défendu qu'un hyperlien, quel qu'il soit, n'est pas un contenu vidéo mais un renvoi vers un tel contenu.

792. Toutefois, la version finalement adoptée semble appeler une conclusion différente. Les considérants 4 et 5 du texte sont limpides : les services médias sociaux sont couverts par l'article 28 bis et 28 ter pour autant que la fourniture de programmes et des vidéos créés par l'utilisateurs en constitue une fonctionnalité qui n'est pas simplement accessoire à ce service. Les liens transclusions vers des contenus vidéo, posés par les utilisateurs sur un réseau social, devraient-ils alors être couverts ? Selon qu'une interprétation littérale ou une interprétation téléologique du texte est privilégiée, la réponse variera. Si l'on se réfère à la lettre de la définition de « vidéo créée par l'utilisateur », les liens transclusions devraient être exclus du champ d'application de la directive. De telles vidéos sont définies comme : « *un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément, quelle qu'en soit la longueur, qui est créé par un utilisateur et téléchargé vers une plateforme de partage de vidéos par ce même utilisateur ou par n'importe quel autre utilisateur* ». Or si un lien transclusion peut apparaître au public comme une vidéo chargée par l'utilisateur, la réalité technique est différente : il ne s'agit pas d'*un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément,* créé et chargé par l'utilisateur ; il s'agit d'un renvoi créé par l'utilisateur vers un tel contenu. Une interprétation littérale de la nouvelle directive SMA laisserait donc à penser que les liens transclusions ne sont pas couverts. Il nous semble, en revanche, que l'esprit du texte peut justifier la solution contraire : le lien transclusion apparaît au public comme une vidéo chargée par l'utilisateur et pourrait donc rentrée dans le champ d'application du texte.

793. Au regard de ces éléments, le futur droit des médias audiovisuels pourrait encadrer la manière dont les plateformes fournissant des liens posés par leurs utilisateurs et intégrant des vidéos. Les réseaux sociaux ou les agrégateurs de liens fournis par les utilisateurs, comme la plateforme *Reddit*, serait concernés. Les fournisseurs de liens précités pourraient être contraints de diminuer la visibilité des

contenus audiovisuels préjudiciables ou haineux ou de les classer afin de permettre aux utilisateurs de les identifier.

L'encadrement de la spécificité de l'activité de d'ordonnancement de liens apparaît cependant limité au vu du champ d'application des initiatives européennes en la matière.

§ 2. - Un encadrement de portée limitée au regard du champ d'application des initiatives européennes

794. La portée des initiatives de la Commission européenne impliquant une régulation de l'activité d'ordonnancement de liens est restreinte. Ces initiatives ont en effet un champ d'application essentiellement économique, centré autour des enjeux relatifs au marché unique numérique (A). Les enjeux relatifs à la liberté d'expression et d'information sont pour le moment largement ignorés alors que, pourtant, la Commission européenne a reconnu leur importance dans sa communication sur les plateformes en ligne (B).

A. Un champ d'application essentiellement économique

795. La première initiative que nous avons évoquée concernait un règlement « *promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* ». Pour rappel, ce règlement doit notamment permettre aux fournisseurs de contenus de bénéficier d'une plus grande transparence de la part de moteurs de recherche au regard des conditions d'ordonnancement des liens. Cependant ces garanties ne concernent que certains fournisseurs de contenus : « *les entités ayant recours à un site web d'entreprise* ». Elles sont définies à l'article 2, 7) de la proposition de règlement comme : « *toute personne physique ou morale qui recourt à des sites web pour offrir des biens ou services aux consommateurs à des fins liées à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Dès lors, seules ces entités économiques seraient concernées par les mesures de transparence imposées par les moteurs de recherche. Les fournisseurs de contenus qui n'entrent pas dans l'une des catégories précitées en seront donc exclus. Par exemple, il est possible de penser à des sites d'autorités publiques, à des sites d'organisations non gouvernementales ou à des pages personnelles. Cette exclusion se retrouve dans les éléments que les moteurs de recherche devront dévoiler dès lorsqu'ils ont un impact sur le classement des liens : il s'agit des éléments qui ont une influence sur les *caractéristiques des biens et services* et la *pertinence de ces caractéristiques pour les consommateurs*. Ces indications de nature économique ne couvrent qu'une partie restreinte des contenus du web et ne concernent finalement que les rapports entre

les fournisseurs de contenus professionnels et les consommateurs. Or si le web est bien le vecteur d'un marché numérique, que la Commission européenne souhaiterait unique, il est largement plus que cela. L'ordonnancement des liens a également vocation à déterminer la visibilité de contenus situés hors marché. Or ces contenus ne sont pas concernés par les éléments de transparence que la proposition de règlement entend imposer aux moteurs de recherche.

796. L'approche est relativement similaire du côté des utilisateurs finaux. La régulation de l'activité d'ordonnancement de liens est pour le moment envisagée par la Commission européenne uniquement sous l'angle des pratiques commerciales déloyales. L'utilisateur final des liens est avant tout considéré comme un consommateur que l'ordonnancement de liens ne doit pas induire en erreur quant à ses décisions d'achat. À cet égard, la régulation commencée par la Commission européenne peut sembler insuffisante : il s'agirait simplement de permettre au consommateur de distinguer entre les fournisseurs de contenus qui ont payé pour une meilleure visibilité et ceux qui ne l'ont pas fait. Cette approche a par conséquent uniquement vocation à protéger certains intérêts économiques des consommateurs des effets néfastes de l'ordonnacement des liens. L'initiative européenne en matière de régulation des médias audiovisuels est plus nuancée. La protection des utilisateurs finaux est en effet envisagée dans une perspective non exclusivement économique. Il est toutefois douteux que les règles visant à réguler les plateformes de partage de vidéos aient aussi vocation à encadrer l'ordonnancement des liens. De fait, cet encadrement ne sera que très marginal puisque les moteurs de recherche et les agrégateurs de liens en seront exclus.

797. Le privilège est donc donné par la Commission européenne à une approche économique des conditions d'ordonnancement des liens. Plusieurs raisons peuvent être apportées pour expliquer cette primauté. La première raison, et sans doute la principale, tient à la conception que la Commission retient de la notion de plateformes : la Commission européenne envisage les plateformes, dont celles qui fournissent les liens, essentiellement comme des agents économiques spécifiques. Une telle position n'est pas si surprenante puisque le concept de plateforme tire son origine des travaux d'économistes et, en particulier de Jean Tirole[1497]. Pour ces derniers, les plateformes sont des interfaces jouant un rôle de régulateurs entre au moins deux groupes d'acteurs sur des marchés bifaces ou multifaces. La démarche de la Commission européenne s'inscrit dans le prolongement de cette définition plus économique que

[1497] V. Rochet J-C., Tirole J., Platform Competition in Two Side Market, Journal of the European Economic Association, Vol. 1, n°4, 2003 p. 990.

juridique[1498]. Puisque l'activité consistant à ordonnancer des liens relève essentiellement de la catégorie des plateformes, son appréhension est également largement économique. Par opposition, la conception des plateformes retenue par la France n'est pas exclusivement économique. L'activité consistant à référencer des contenus à l'aide d'hyperliens apparaît même plus précisément cernée. Parmi la catégorie de plateformes, la loi *Pour une République numérique* distingue effectivement l'activité consistant à proposer « *à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur* [...] *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* ». Cette conception moins économique, semble mieux adaptée à des obligations qui ne visent pas exclusivement à réguler le marché ou le bien être des consommateurs.

798. La seconde raison expliquant cette approche économique tient au caractère fortement innovant du secteur des plateformes. Or l'innovation exige une certaine souplesse, laquelle est sans doute mieux garantie dans le cadre d'une régulation économique, que dans le cadre contraignant orientée vers la protection des droits fondamentaux des utilisateurs finaux[1499]. Par ailleurs, dans un domaine aussi récent, les questions relatives à la protection des droits fondamentaux et les enjeux culturels peuvent fluctuer en fonction des cultures politiques et juridiques nationales. Ces enjeux peuvent, en outre, varier avec plus ou moins d'intensité en fonction du type de plateformes considéré. Il est évident qu'une place de marché en ligne telle qu'*eBay* ne peut être posée sur le même plan qu'un moteur de recherche s'agissant de la liberté d'expression et d'information. De ce fait, une réponse européenne unique sur cet aspect paraît plus délicate[1500].

Ces enjeux sont pourtant prégnants et identifiables au regard de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens.

[1498] V. Sénéchal J., L'opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de services interpersonnels *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 4.

[1499] V. notamment. Commission européenne, Fiche d'information – La Commission met à jour la réglementation dans le domaine de l'audiovisuel et présente une approche ciblée des plateformes en ligne -. 25 mai 2016 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1873_fr.htm. Dernier accès le 01/03/2019.

[1500] V. Commission européenne, Commission Staff Working Document accompanying the Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, SWD (2016) 172 Final, p. 46.

B. Un champ d'application excluant largement les enjeux relatifs à la liberté d'expression et d'information

799. L'activité d'ordonnancement de liens, de par sa spécificité, concentre des enjeux relatifs à l'exercice de la liberté d'expression, tant du point de vue des utilisateurs finaux que de celui des fournisseurs de contenus et des fournisseurs de liens[1501]. Nous l'avions d'ailleurs partiellement envisagé lorsque nous avons abordé le régime juridique du droit au déréférencement des données à caractère personnel. Ce dernier prend en effet en compte le droit à la liberté d'expression et d'information. Il s'agira ici d'observer que le droit fondamental à la liberté d'expression et d'information implique une protection des utilisateurs finaux et des fournisseurs de contenus contre les discriminations dans l'ordonnancement des liens (1). Si certains auteurs ont également pu défendre l'idée que la liberté d'expression pouvait protéger l'activité consistant à ordonnancer des liens, nous montrerons qu'une telle approche n'est ni fondée, ni utile en droit de l'UE (2).

1° Un droit fondamental impliquant une protection des utilisateurs finaux et des fournisseurs de contenus

800. L'ordonnancement des liens soulève des enjeux relatifs au droit à la liberté d'expression et d'information. Parmi ces derniers, il est possible de distinguer la protection des utilisateurs finaux au titre de la liberté d'information (a) et de la protection des fournisseurs de contenus au titre de la liberté d'expression (b). Il nous faudra, en outre, préciser que cette protection, loin de constituer une limite à la liberté de lier, vise en réalité à la préserver dans sa fonction (c).

a) Une protection des utilisateurs finaux au titre de la liberté d'information

801. Du point de vue des utilisateurs finaux, les enjeux relatifs à la liberté d'information sont pleinement identifiés par la Commission européenne dans sa communication sur les plateformes en ligne. Il est notamment souligné que la manière dont les plateformes orientent les internautes, conditionne leur participation à la vie démocratique[1502]. En particulier, s'agissant des moteurs de recherche, la Commission européenne estime qu'il facilite l'accès et la découverte de nouvelles informations par les utilisateurs

[1501] Rappr. Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012, Thèse, Amsterdam, 386 p., p. 176 et s.

[1502] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc.

finaux[1503]. Elle relève que l'ordonnancement de l'information, son classement, reflète la structure du web et de ses contenus[1504]. Dans cette perspective, la Commission européenne considère que les moteurs de recherche ont la capacité d'adapter leur service aux caractéristiques personnelles de leur audience. Les moteurs seraient ainsi à même d'influencer le cours du débat politique en Europe[1505]. Ce constat se pose avec d'autant plus d'acuité que certains acteurs de la création de liens, en particulier le moteur *Google*, sont en situation de dominance sur leur marché.

802. En conséquence, ces acteurs apparaîssaient quasiment incontournables à qui souhaite accéder à l'information. Telles sont les raisons pour lesquelles l'activité d'ordonnancement de liens peut avoir un impact sur la liberté d'expression et d'information. La Cour de justice, comme nous l'avons déjà évoqué, l'a établi dans l'arrêt *Google Spain*[1506]. Dans le cadre d'une mise en balance des droits fondamentaux, la Cour a en effet reconnu « un intérêt du public » à trouver une information à l'aide d'un moteur de recherche[1507]. Le droit à la liberté d'expression et d'information impliquerait par conséquent la possibilité - et sans doute le droit[1508] - de trouver des informations en ligne à l'aide d'un moteur de recherche. Dans cette perspective, la Cour envisage dans le même arrêt que l'activité de moteur de recherche « *facilite sensiblement l'accessibilité de ces informations à tout internaute* [...] *et peut jouer un rôle décisif pour la diffusion desdites informations* »[1509]. En substance, il nous semble donc que la Cour a identifié la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens au regard du droit du public à l'information : ces activité facilite l'exercice de ce droit en permettant aux utilisateurs finaux de trouver des informations pertinentes parmi l'immensité des contenus d'Internet[1510]. Or cet aspect est pour l'instant largement ignoré par l'Union européenne en ce qui concerne l'activité d'ordonnancement des liens. L'encadrement de cette activité sous l'angle des pratiques commerciales déloyales conduit uniquement à mettre à l'écart les hyperliens qui ne contiennent pas d'information relative à la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit ou d'un service. C'est ainsi que l'essentiel des hyperliens ordonnancés échappe à cette catégorie d'information marchande et que le droit du public à l'information se trouve largement mis à l'écart.

1503 Commission européenne, Commission Staff Working Document accompanying the Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, préc., p. 30.

1504 *Ibid*.

1505 *Ibid*.

1506 CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général.

1507 *Ibid*., point 97.

1508 En ce sens, Grimmelman J., Speech engines, Minnesota Law Review, n°98, 2013, p. 897.

1509 *Ibid*., point 87.

1510 V. également., Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, préc., p. 323.

803. L'initiative de la Commission européenne sur la lutte contre la désinformation en ligne constitue néanmoins un contre-exemple relatif[1511]. La lutte contre la désinformation est devenue l'une des priorités de la Commission européenne dans le domaine du numérique suite à de nombreux scandales ayant impliqué des campagnes de désinformations de citoyens européens. L'affaire *Cambridge Analytica*[1512] est l'un des derniers exemples en date. Cette initiative intervient également dans un contexte où certains États membres ont pris des mesures afin de lutter contre les fausses informations, parfois désignées à travers l'anglicisme *Fake News*[1513]. Des acteurs nationaux et étrangers ont en effet recours aux plateformes en ligne pour propager de fausses informations dans le but d'influencer de manipuler et de déstabiliser le débat public. Dans cette optique, la Commission européenne estime que la désinformation en ligne constitue une menace pour le droit à la liberté d'expression et d'information. Certains fournisseurs de liens, comme les moteurs de recherche ou les médias, sont en particulier ciblés par la Commission européenne en raison de leur rôle prépondérant dans la dissémination de telles informations[1514]. La Commission européenne souhaite, à cet égard, renforcer la transparence en ce qui concerne l'origine, la diversité et la crédibilité de l'information. Les hyperliens fournis par les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus et ceux distribués par les réseaux sociaux devraient être concernés[1515]. L'initiative de la Commission européenne comporte des pistes intéressantes en ce qui concerne la protection de la liberté d'information des utilisateurs ayant recours à des services d'ordonnancement de liens. Nous y reviendrons dans le cadre du chapitre suivant. À ce stade, cette initiative semble néanmoins limitée. La Commission européenne privilégie effectivement la voix de l'autorégulation des plateformes en ligne par la mise en place de Chartes ou de Codes éthiques. Les limites d'une approche par le seul droit souple sont connues[1516] et cette réponse apparaît bien faible au regard des enjeux pour la liberté d'information du public.

[1511] Commission européenne, Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne, COM 2018 (236) Final du 26/04/2018.

[1512] Dans cette affaire, la société Cambridge Analytica est accusée d'avoir aspiré des données de plusieurs millions d'utilisateurs de *Facebook*, sans leur consentement, afin de leur présenter des publicités politiques ciblées. Près de 3 millions d'utilisateurs européens auraient été concernés.

[1513] V. par exemple en France, la proposition de loi n°623 relative à la lutte contre la désinformation.

[1514] *Ibid*., p. 2 et 5.

[1515] *Ibid*., p. 7.

[1516] V. particulier sur Internet, v. Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p., p ; 223 et s.; V. également, Bensamoun A., Zolynski C., La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit, Rec. Dalloz, 201, p. 1773 ; Bensamoun A., Zolynski C., La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des intermédiaires techniques, RLDI, n°75, 2011.

b) Une protection des fournisseurs de contenus au titre de la liberté d'expression

804. Du point de vue des fournisseurs de contenus, les enjeux relatifs à la liberté d'expression sont ignorés, tant par la Commission européenne, que par la Cour dans l'arrêt *Google Spain*. Pourtant, si l'activité d'ordonnancement des liens est essentielle à l'exercice de la liberté d'information, elle nous paraît symétriquement déterminante pour la liberté d'expression : si un moteur de recherche permet au public de trouver une information, il permet nécessairement à celui qui en est à l'origine de la diffuser, de la rendre visible parmi la masse des contenus d'Internet. Nous en voulons pour preuve que les dix premiers liens proposés dans les résultats de recherche concentrent 90 % des clics des internautes[1517]. Ainsi, parmi l'immensité des contenus potentiellement pertinents, seuls ceux pointés par ces dix liens seront visibles. Dans cette perspective, Monsieur Joris Van Hoboken considère que ce qui est en jeu peut être formulé en termes de représentation[1518]. Selon lui, l'inclusion au sein des résultats d'un moteur de recherche est un prérequis pour être trouvé sur Internet, pour y être représenté.

805. En conséquence, le déréférencement, ou un mauvais référencement, est particulièrement préjudiciable aux fournisseurs de contenus. D'ailleurs, la CJUE a estimé dans l'arrêt *Google Spain* que les moteurs de recherche peuvent « *jouer un rôle décisif pour la diffusion desdites informations* ». N'est-ce pas reconnaître en creux que l'ordonnancement des liens est essentiel à la liberté d'expression des fournisseurs de contenus ? Le Conseil d'État français s'est en tout cas exprimé en ce sens. Selon lui, le déréférencement « *affecte la liberté d'expression de l'éditeur du site en rendant l'information publiée moins accessible et en le ramenant ainsi à la situation antérieure à internet, où les informations relatives à une personne, publiées de manière licite sur différents supports, ne pouvaient pas être recoupées de manière instantanée et sans limitation dans le temps* ». Le Conseil d'État, a en outre, souligné sous l'angle de la liberté d'expression, que : « [l]*'abondance d'informations disponibles sur les réseaux a rendu indispensable la visibilité de ces informations et, par suite, donné un rôle décisif à leur « échange » par le référencement sur une plateforme* »[1519].

Faut-il alors voir la protection de la liberté d'expression et d'information comme une limite à la liberté de lier ?

[1517] Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 104.

[1518] Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, p. 323.

[1519] Rapport du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, 2014, p. 188.

c) Une protection ayant pour enjeu la préservation de la liberté de lier dans sa fonction

806. De prime abord, les enjeux relatifs à la protection de la liberté d'expression et d'information pourraient sembler s'ériger en limite à la liberté de lier. La protection de ce droit fondamental justifierait effectivement un encadrement des conditions dans lesquelles les liens sont ordonnancés. À cet égard, l'objectif global a déjà été identifié par la Commission européenne dans sa communication initiale sur la régulation des plateformes : il s'agit de garantir que l'ordonnancement de liens n'est pas biaisé ou manipulé de sorte que certains contenus soient favorisés par rapport à d'autres[1520]. La protection de la liberté d'expression et d'information implique donc de garantir que les conditions d'ordonnancement des liens ne portent pas préjudice à la capacité des utilisateurs de trouver des informations sur Internet et à la capacité des fournisseurs de contenus d'être visibles de ces utilisateurs. La difficulté est alors de déterminer ce qui relève d'un ordonnancement des liens préjudiciable à la liberté d'expression et d'information, dès lors que les « biais », la manipulation ou les discriminations font partie inhérente de l'activité d'ordonnancement de liens[1521]. Le référencement opéré par les moteurs de recherche ou les médias sociaux implique en effet nécessairement de définir des critères de classement, qui conduiront à valoriser certains contenus et à en marginaliser d'autres[1522]. Nous verrons que cette protection n'implique ni un référencement objectif, qui est par nature impossible, ni un droit d'être référencé[1523].

807. La protection de la liberté d'expression et d'information ne doit toutefois pas être perçue comme une contrainte pour la liberté de lier. Cette dernière n'a en effet de sens qu'en tant qu'elle est un moyen nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression et d'information en ligne. À ce sujet, il est utile de rappeler que la CJUE a jugé dans l'arrêt *GS Media* que :

« *Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertextes contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations* »[1524].

1520 Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc., spéc., p. 12.

1521 Sur ce point, v. Bracha O. Pasquale F., Federal Search Commission – Access, fairness and accountability in the law of search, Cornell Law Review, Vol. 93, n° 6, 2008, p. 1168.

1522 *Ibid*.

1523 V. *infra*, n°872.

1524 CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général, point 45. Rappr. CEDH, 4 décembre 2018, n°11267/16, Magyar Jeti Zrt c. Hongrie, spéc., points 73 à 76.

808. Dès lors, il faut estimer que l'encadrement des conditions d'ordonnancement des liens ne serait pas contraire à la liberté de lier mais permettrait, à l'inverse de garantir que la liberté de lier n'est pas détournée de sa fonction.

De manière plus originale, il est également possible d'envisager les enjeux relatifs à la liberté d'expression du point de vue des services dont l'activité consiste à ordonnancer des liens.

2° Un droit fondamental ne protégeant pas l'ordonnancement des liens

809. Les services dont l'activité consiste à ordonnancer des liens - les moteurs de recherche, certains agrégateurs de contenus, les médias sociaux - peuvent-ils revendiquer le bénéfice de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ? En particulier, peut-il être considéré que le fait d'ordonnancer des liens revient à exercer le droit à la liberté d'expression ? Des juristes, notamment américains, ont défendu cette idée[1525]. En Europe, Monsieur Joris Van Hoboken considère, quant à lui, que les moteurs de recherche combinent à la fois une fonction passive d'intermédiation et une fonction active se rapprochant d'un rôle éditorial[1526]. Le processus de sélection et de classement de l'information s'apparenterait, en effet, à un tel rôle[1527]. Selon cette démarche l'ordonnancement des liens pourrait ainsi être rapproché d'une opinion sur la manière d'organiser et de représenter les contenus du web. En tant qu'opinion, l'ordonnancement des liens pourrait donc être protégé au titre de la liberté d'expression.

810. Cette position est parfois défendue par les moteurs de recherche eux-mêmes à l'occasion de contentieux[1528]. La stratégie des moteurs, et en particulier de *Google*, consiste à opposer leur droit à la liberté d'expression sur la sélection et l'arrangement des informations à des demandes visant le déréférencement de liens litigieux, par exemple, dans le domaine du droit d'auteur ou du droit au respect de la vie privée. Le moteur de recherche *Google* a ainsi fait valoir lors de l'affaire belge *Copiepresse* que l'application de la loi sur le droit d'auteur à son service *Google News* violerait son droit de communiquer librement des informations au titre de l'article 10 de la CEDH. En l'espèce, l'argument n'a pas prospéré

1525 Pour une synthèse, v. Grimmelman J., Speech engines, Minnesota Law Review, n°98, 2013, p. 885.

1526 Rappr. Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, préc., p. 321 ; V. également Manara C., La « search neutrality » mythe ou réalité ? Concurrence, n°1, 2011, spéc., p. 54.

1527 *Ibid*.

1528 Sur ce point, v. notamment Pasquale F., Platform neutrality ; Enhancing freedom of expression in spheres of private power, Theoritical Inquiries in law, Vol. 17, n° 2, 2016, p. 487, spéc., p. 494 et s.

devant la juridiction belge. Cette dernière n'a toutefois pas expressément dénié la possibilité pour le moteur de recherche de bénéficier de la protection de l'article 10 de la CEDH au titre de la liberté d'expression.

811. Aux États-Unis, cette revendication a en revanche été invoquée avec réussite. Dans l'affaire *SearchKing*, *Google* a plaidé avec succès que les résultats de recherche pouvaient être protégés au titre de la liberté d'expression[1529]. Le moteur de recherche était, à ce titre, libre de choisir quels contenus pouvaient apparaître dans les résultats de recherche. En France, dans l'affaire *Max Mosley*, le TGI de Paris s'est également appuyé sur ce raisonnement, par référence à la jurisprudence américaine, pour refuser au moteur de recherche Google le bénéfice des dérogations de responsabilité applicable aux hébergeurs[1530].

812. Cette approche ne semble cependant pas recevoir un accueil favorable en droit de l'Union européenne. À aucun moment la Cour de justice n'a envisagé la liberté d'expression du moteur de recherche dans l'arrêt *Google Spain*. Il lui en était pourtant donné l'occasion lorsqu'elle a envisagé la liberté d'entreprise du moteur. Pareillement, la Commission européenne, quant à elle, n'y parait pas non plus sensible puisque l'intérêt des plateformes est uniquement envisagé au prisme de leur développement économique et de l'innovation. Pourtant, l'idée d'une liberté d'expression des moteurs de recherche et des opérateurs analogues dispose d'une certaine cohérence au regard du droit positif. Les profils informationnels tissés par les liens, sur la base desquels la CJUE a qualifié le moteur de recherche de responsable de traitement de données à caractère personnel, pourraient s'apparenter à une opinion : une opinion reposant sur le choix des hyperliens à même de définir ce profil. La Commission européenne, elle, estime que les liens ordonnancés par les moteurs de recherche sont en mesure d'influencer les décisions d'achat ou la participation à la vie politique. Or est-il possible d'être influencé par autre chose qu'une opinion ou une idée ? Le choix et la disposition de ces liens ne sont, après tout, que le véhicule d'une certaine représentation des contenus du web, de ce qui doit être visible et de ce qui ne doit pas l'être, en bref, une opinion. Ce point peut être mis en relation avec une autre partie de cette thèse dans laquelle nous avions envisagé les liens agrégés comme œuvre de structure[1531].

813. Le refus de la Commission européenne ou de la CJUE d'envisager la liberté d'expression des services dont l'activité consiste à ordonnancer des liens nous semble néanmoins justifié. L'option inverse paraît, en effet défaillante, à la fois sur un plan théorique et sur un plan pratique. D'abord la substance de l'opinion résultant des liens ordonnancés serait, de notre point de vue, difficlement appréhendable. Un

---

1529 *Search King, Inc. v. Google Tech., Inc.,* No. CIV-02-1457-M, W.D. Okla. May 27, 2003.

1530 TGI de Paris, Max Mosley c. Google Inc et Google France, 2013.

1531 V. *supra*, n°470.

choix et une sélection d'informations basés sur des critères techniques ne nous paraîssent pas suffisants pour caractériser une opinion. En d'autres termes, la structure des liens, dont pourrait émaner cette opinion, ne nous paraît pas suffisamment transparente[1532] et un droit fondamental dont l'objet est malaisément appréhendable ne peut être qu'une source d'insécurité juridique. Par ailleurs, il nous semble peu utile de protéger directement l'activité d'ordonnancement de liens au titre de la liberté d'expression.

Conclusion de la section 2

814. Différentes initiatives portées par la Commission européenne témoignent de la volonté de l'UE de régir l'activité d'ordonnancement de liens, dans les limites plus générales de la régulation des plateformes. Les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et certains agrégateurs de contenus relèvent en effet de cette catégorie. Dans le cadre de ces initiatives, l'ordonnancement de liens est saisi en tant que tel, dans sa capacité à influencer l'accès et la visibilité des contenus d'Internet, indépendamment de la fonction d'intermédiation de l'hyperlien. Il s'agit, dès lors, de prévenir les pratiques discriminatoires qui pourraient biaiser le référencement, essentiellement en imposant une obligation de transparence aux fournisseurs de liens. Ces initiatives sont, pour l'heure, ciblées. De manière marginale, la directive sur les services de médias audiovisuels pourrait également encadrer la façon dont les réseaux sociaux présentent à leurs utilisateurs les liens intégrant une vidéo. Cette approche partielle, largement économique, est conforme à la doctrine de la Commission européenne dans le domaine de la régulation des plateformes : ne pas freiner l'innovation et le développement économique dans le secteur du numérique. En conséquence les enjeux relatifs à la liberté d'expression et d'information sont relégués au second plan. Nous avons pourtant montré que ces enjeux étaient prégnants et clairement identifiables en droit de l'Union européenne : la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens requiert que la liberté d'expression et d'information soit protégée. Le principe d'une telle protection ne s'oppose pas véritablement à la liberté de lier ; il s'agit bien de garantir que l'hyperlien est employé conformément à sa fonction, au service de la liberté d'expression et d'information sur Internet.

[1532] V. cependant sur les évolutions techniques en cours, Bois R., Gravier G., Sébillot P., Morin E., Vers une typologie de liens entre contenus journalistiques. 22e conférence Traitement automatique des langues naturelles, TALN 2015, juin 2015, Caen, France. 515-521, papier court, 2015.

Conclusion du chapitre 1

815. Ce chapitre nous a permis de mettre en évidence que l'ordonnancement de liens tend à être appréhendé comme une activité singulière par le droit de l'Union européenne. Les liens ordonnancés ne sont pas uniquement considérés comme un moyen d'accès à un contenu lié. Bien au contraire, ils constituent par eux-mêmes un contenu qui influent sur la représentation – ou si l'on veut la visibilité – des contenus sur Internet. Ils sont ce que les professeurs Nathalie Martial-Braz et Judith Rochfeld appellent de manière fort imagée, les « *tam-tam* » de l'ère numérique[1533]. Telle est la raison pour laquelle la CJUE a établi dans l'affaire *Google Spain* qu'un moteur de recherche pouvait être un responsable autonome de traitement de données à caractère personnel et soumis à un droit au déréférencement desdites données. Telle est également la conclusion qui s'impose lorsque sont analysées les initiatives de la Commission européenne concernant la régulation des plateformes en ligne. L'activité de certains acteurs relevant de cette catégorie, comme les moteurs de recherche ou les médias sociaux, repose sur la fourniture et l'ordonnancement d'hyperliens. Dans le cadre de cette régulation, ces fournisseurs de liens sont soumis - ou devraient l'être, puisque nombres d'initiatives sont des directives ou des règlements en cours d'adoption - à des obligations de transparence et de non-discrimination. Il en découle qu'un ensemble de liens ordonnancés est saisi par la régulation des plateformes pour les mêmes raisons ayant conduit la CJUE à qualifier un moteur de recherche de responsable de traitement : ces liens constituent un profil des informations présentes sur Internet et définissent ainsi ce qui doit être vu et accessible.

816. Il nous semble cependant que cette régulation, quoi qu'en devenir, ne tire pas pleinement les conséquences de la reconnaissance de la spécificité de l'activité d'odonnancement des liens. Celle-ci est, pour l'heure, uniquement destinée à être encadrée sous l'angle du fonctionnement du marché et de la protection des consommateurs. Alors que ces approches sont ciblées, les enjeux sont eux transversaux. Il s'agit d'éviter que des discriminations injustifiées ne nuisent d'une part à la capacité des fournisseurs de contenus à les diffuser et, d'autre part, à la capacité du public à y accéder. Cette problématique est d'autant plus importante que certains fournisseurs de liens disposent d'un pouvoir de marché conséquent, voire dominant, à l'instar de la société *Google*[1534]. Ils deviennent *de facto* des points d'entrée de plus en plus incontournables pour qui souhaiterait diffuser ou accéder à l'information en ligne. Dès lors, la perspective

---

[1533] Martial-Braz N., Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, Rec. Dalloz, 2014, p. 1481, n°11.

[1534] À tel point que ces entreprises sont parfois qualifiées d'entreprises souveraines de l'Internet. Blandin A., Les entreprises souveraines de l'Internet : un défi pour le droit et pour l'Europe *in* Blandin A., (dir.), Droit et souveraineté numérique en Europe, 2016, Bruylant, 216p., p. 95.

d'une régulation transversale de l'activité consistant ou impliquant d'ordonnancer des liens apparaît indispensable à son appréhension cohérente en droit de l'UE.

Chapitre 2. - La perspective d'une régulation transversale de l'ordonnancement des liens

817. Ce dernier chapitre a pour ambition d'étudier les moyens d'une régulation transversale de l'activité d'ordonnancement de liens. Pour rappel, nous entendons par cette activité le fait d'indexer des informations, lesquelles sont pointées par des liens mis à disposition des utilisateurs finaux selon un ordre de préférence donné. Relèvent de cette notion les moteurs de recherche, les médias sociaux et les agrégateurs de contenus dès lors qu'ils mettent des liens à disposition des utilisateurs finaux. Il s'agira donc d'analyser les moyens qui, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, permettraient de prévenir globalement les manipulations ou les discriminations dont pourraient être victimes les fournisseurs de contenus ou les utilisateurs finaux. Cette approche diverge de l'approche en silos que la Commission européenne envisage actuellement pour les plateformes en ligne : elle n'a pas pour effet de traiter les enjeux relatifs à l'ordonnancement de liens de manière cloisonnée, problème de droit par problème de droit[1535], en fonction du type de liens ou du type d'acteurs concernés. Cette perspective d'une régulation transversale nous paraît nécessaire afin de favoriser la cohérence du droit positif : l'influence de l'ordonnancement sur la visibilité et l'accès aux contenus de l'Internet étant un phénomène mondial, il devrait par conséquent être traité comme tel par le droit de l'UE.

818. Comment alors penser les moyens d'une régulation transversale et cohérente en droit de l'Union européenne ? La réponse à cette question implique au préalable de déterminer les objectifs que le droit de l'Union cherche à atteindre en ce domaine. En matière de plateformes en ligne, la Commission européenne a fait de la lutte contre les discriminations affectant la diffusion et l'accès à l'information l'une de ses priorités. La transparence et l'impartialité des plateformes en ce qui concerne les utilisateurs et la garantie de marchés ouverts et non discriminatoires pour les fournisseurs de contenus font effectivement partie des principes autour desquels la Commission européenne entend fonder la régulation des plateformes en ligne[1536]. Par identité de motifs, il y a lieu de considérer qu'une régulation transversale de l'ordonnancement des liens devrait avoir un objectif similaire. Les moteurs de recherche ou les médias sociaux jouent en effet un rôle prépondérant eu égard à la circulation de l'information en en définissant les conditions d'accès et de visibilité[1537]. Ceci est d'autant plus vrai que certains de ces acteurs ont atteint une

---

[1535] Rappr. Zolynski S., Loyauté des plateformes. De la régulation à l'inter-régulation, Cah. Droit de l'entreprise, n°3, 2017.

[1536] Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016, p. 7.

[1537] Sur ce point v. notamment, Conseil National du Numérique, Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique et soutenable, 2014, 120 p.

puissance de marché telle qu'ils ont su se rendre incontournables auprès des internautes et des fournisseurs de contenus.

819. *Google* en est certainement l'exemple le plus frappant. Le risque est que ce pouvoir de marché ne se transforme en incitation à discriminer les contenus liés, notamment au profit des propres services du fournisseur de liens ; au détriment également d'utilisateurs captifs de ces écosystèmes informationnels dominants, dont les hyperliens sont les vecteurs[1538]. C'est dans ce contexte qu'une procédure pour abus de position dominante a été lancée par la Commission européenne contre *Google* en raison de l'avantage injustifié que le moteur recherche procurait à son propre service de comparaisons de prix, *Google Shopping*, parmi les résultats de recherche. Elle a récemment abouti, la société américaine s'étant vue infliger une amende de 2, 42 milliards d'euros par la Commission[1539].

820. Le droit de la concurrence semble être l'instrument privilégié par la Commission européenne pour appréhender les discriminations et les manipulations de l'information pratiquées par les plateformes[1540], notamment lorsque leur activité consiste ou implique d'ordonnancer des liens. Le droit de la concurrence est, en effet, particulièrement apte à saisir les discriminations ayant lieu sur Internet. Polyvalent par essence, ce droit est susceptible de s'appliquer à l'ensemble de l'économie et à l'ensemble des acteurs de la chaine de valeur sur Internet, afin de sanctionner les comportements anticoncurrentiels[1541]. À ce titre, il parait taillé pour saisir ce phénomène dans sa globalité. L'affaire *Google Search (Shopping)*, que nous avons pour l'heure simplement évoquée, en atteste. Dans cette perspective, la capacité du droit de la concurrence à appréhender efficacement les discriminations opérées à l'endroit des contenus liés sera évaluée. Nous observerons que ce droit ne constitue qu'un moyen de contrôle relatif (**Section 1**). Nous adopterons de ce fait une posture prospective : l'appréhension globale de ces discriminations implique la création d'obligations spécifiques visant à mieux protéger la liberté d'expression et d'information (**Section 2**).

1538 *Ibid.*

1539 Commission européenne, IP.17/1784, du 27 juin 2017 ; Commission européenne, Case AT.39740, *Google Search (Shopping)*, 27/06/2017.

1540 V. Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc., p. 14 et 15.

1541 Curien N., Maxwell W., La neutralité d'Internet 2011, coll. Repère, La Découverte,126 p., p. 101.

Section 1. - Le droit de la concurrence, un moyen de contrôle relatif sur les discriminations à l'endroit des contenus liés

821. Les services dont l'activité consiste (les moteurs de recherche, certains agrégateurs) ou implique (médias sociaux) d'ordonnancer des liens sont, par essence, amenés à discriminer entre les contenus liés. L'ordonnancement des liens consiste ainsi à classer et hiérarchiser les contenus liés en fonction de la pertinence supposée de ces derniers. Dans le cas de liens commerciaux, cette hiérarchisation dépendra de la dépense consentie par le fournisseur de contenus. Cette discrimination entre contenus liés procède en fait d'une différenciation, terme sans doute moins péjoratif, qui constitue l'objet et l'intérêt des services précités. L'ordonnancement des liens permet en effet aux internautes de s'orienter plus efficacement sur Internet et aux contenus les plus pertinents de disposer d'une meilleure visibilité. À cet égard, le droit européen de la concurrence n'a pas vocation à interdire *per se* les discriminations – ou différenciations – pratiquées par les moteurs de recherche, les agrégateurs ou les médias sociaux lors de l'ordonnancement des liens. Seules les discriminations anti-concurrentielles seront saisies par le droit de la concurrence[1542]. L'application des règles de ce droit aux activités d'ordonnancement rencontre toutefois de nombreuses difficultés en raison de la spécificité de ces activités (§1). Ces dernières se retrouvent par ailleurs exacerbées par les limites intrinsèques de ce droit appliqué à Internet (§2). Au préalable, il convient de préciser que l'ensemble des discriminations anticoncurrentielles que les fournisseurs de liens pourraient pratiquer ne pourra pas être évoqué en détail, notamment s'agissant de la publicité en ligne. Ce marché est complexe et dépend des modèles économiques propres à chaque fournisseur de liens[1543]. Notre propos est donc d'envisager de manière globale et synthétique la capacité du droit européen à faire face aux discriminations injustifiées pratiquées dans le cadre de l'ordonnancement des liens.

§ 1. - Les difficultés d'application du droit de la concurrence aux activités d'ordonnancement de liens (moteurs de recherche et médias sociaux)

822. Deux dispositifs du droit européen de la concurrence sont susceptibles d'être mobilisés afin d'appréhender les discriminations anti-concurrentielles ayant cours en matière d'ordonnancement de liens : l'interdiction des accords anti-concurrentiels, visée à l'article 101 du TFUE et la sanction des abus de position dominante, visée à l'article 102 du TFUE. La capacité de ces deux dispositions à encadrer

[1542] Rappr. Curien N., Maxwell W., La neutralité d'Internet, *op. cit.*, p. 101.

[1543] Sur ce point, v. notamment Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

efficacement ces discriminations est cependant douteuse. La portée de l'article 101 du TFUE apparaît en effet limitée dans le contexte d'ordonnancement des liens (A). Celle de l'article 102 du TFUE se révèle, quant à elle, incertaine en particulier en raison de ses conditions d'application (B).

A. La portée limitée de l'article 101 TFUE

823. En substance, l'article 101 TFUE dispose que les accords qui ont « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* » sont incompatibles avec le droit de l'UE. Toutefois ces principes d'interdiction ne sont pas absolus. En vertu du § 3 de l'article 101, si l'accord renforce la concurrence ou concourt au progrès technique et économique, l'interdiction peut être écartée. Afin de comprendre en quoi cet article peut permettre d'appréhender d'éventuelles discriminations nous raisonnerons à partir d'un exemple hypothétique mais néanmoins proche de la réalité[1544]. Par ailleurs, il sera admis que cet exemple satisfait à certaines conditions de fond nécessaires à l'application du droit de la concurrence : localisation de l'effet anticoncurrentiel au sein du marché intérieur de l'UE et affectation du commerce entre États membres[1545]. De même, il sera admis que l'exemple que nous traiterons s'inscrit dans le champ d'application du droit européen de la concurrence : mise en cause d'entreprises au sens du droit de la concurrence, pour une activité économique[1546].

824. Notre scénario sera le suivant : imaginons qu'un média social ou un agrégateur de presse signe un accord d'exclusivité avec un grand groupe de presse européen. En vertu de cet accord, la plateforme garantirait à titre exclusif une visibilité accrue aux liens renvoyant vers les articles de presse du partenaire[1547]. Les concurrents bénéficieraient, eux, d'un référencement de moindre qualité. Que nous dit le droit sur cet accord s'agissant des éventuelles discriminations qu'il pourrait entraner en matière d'ordonnancement de liens ? Au préalable, il n'est pas inutile de faire remarquer que ce type de pratiques pourrait être appréhendé par la réglementation européenne sur les pratiques commerciales déloyales. Il suffit pour cela que ce pour quoi le fournisseur du contenu lié a payé relève de la catégorie des inclusions payantes. Dans ce cas, la plateforme a l'obligation de distinguer clairement ces liens des liens « naturels ». Dès lors, la discrimination s'efface puisque les types de liens sont clairement identifiés. Il reste que la

---

1544 Rappr. Curien N., Maxwell W., La neutralité d'Internet, *op. cit.*, p. 101.

1545 Sur ce points, v. notamment Vogel L., Droit de la concurrence –Droit européen, 2018, Bruylant, 1061 p., p.51 et s.

1546 *Ibid.*, p. 71 et s.

1547 C'est ici que la fiction se rapproche de la réalité. Avec son système Instant Article, Facebook permet à des éditeurs de presse partenaires de bénéficier de conditions d'affichage optimisées au sein du réseau social, La consultation de ces articles est donc en principe favorisée par rapport aux concurrents ne bénéficiant pas de ce système. V. Legrand D., Facebook généralise ses *instant articles* sous iOS mais pas pour tous les éditeurs, Nextnpact, 21/10/2015 : https://www.nextinpact.com/news/96956-facebook-generalise-ses-instant-articles-sous-ios-mais-pas-pour-tous-editeurs.htm.

plateforme peut décider d'offrir ce service sans contrepartie financière directe. Le caractère exclusif de l'accord pourrait en effet lui permettre d'attirer une audience susceptible d'être monétisée auprès d'annonceurs tiers. L'article 101 du TFUE peut-il alors prendre le relais ?

825. Dans notre exemple, il résulte de l'accord une discrimination évidente. Les concurrents se retrouvent marginalisés par la plateforme fournissant les hyperliens. Leur visibilité auprès des utilisateurs finaux est donc moindre. Elle engendre en conséquence un désavantage économique manifeste par rapport à l'éditeur bénéficiant de l'accord. Par ailleurs, tout laisse à penser que cette discrimination aurait pour effet, moins que pour objet[1548], de réduire la concurrence des éditeurs de presse sur Internet. Toutefois, cette discrimination n'est pas en soi condamnable au titre de l'article 101 TFUE. Il se peut que la définition du marché pertinent sur lequel l'entente a lieu conduise les autorités de la concurrence à conclure que le degré de concurrence reste adéquat. Cela pourrait, par exemple, être le cas si les éditeurs de presse concurrents sont référencés de manière satisfaisante sur d'autres plateformes que les consommateurs considèrent comme substituables ou intégrables[1549]. Par ailleurs, si l'objet ou l'effet anti-concurrentiel devaient néanmoins être confirmés, l'intediction de l'accord pourrait encore être écartée en vertu de la règle de raison ou de l'article 100 § 3 TFUE. Dans le cadre de la règle de raison, l'arrangement litigieux échappe à l'article 101 § 1 du TFUE si l'analyse globale révèle que les avantages concurrentiels supplantent les effets négatifs[1550]. À ce titre, l'accord doit : entraîner l'augmentation du progrès technique ou économique, profiter aux entreprises tierces ou aux consommateurs, les restrictions de concurrence doivent être nécessaires à la réalisation des avantages précités et la concurrence ne doit pas être éliminée. Dans ce cadre, il nous semble que cette exemption pourrait tout à fait bénéficier à l'accord d'exclusivité de notre exemple. Telle serait probablement également le cas d'une entente qui permettrait à une plateforme de moindre envergure de concurrencer un mastodonte de l'agrégation de presse, comme *Google News*. Relevons néanmoins que, si la règle de raison permet d'échapper au formalisme de l'article 101 § 3 du TFUE, son application est aujourd'hui contestée[1551].

826. En général, les discriminations résultant d'un tel accord seront appréciées au cas par cas par les autorités de concurrence et, s'agissant de la Commission européenne, « *en tenant compte des effets négatifs*

[1548] Au regard de la jurisprudence européenne, il est incertain qu'un accord en matière de référencement soit considéré comme anti-concurrentiel par son objet. Relèvent en effet de cette catégorie les ententes de prix ou de parts de marché. V. Vogel L., Droit de la concurrence –Droit européen, *op. cit.*, p. 107 et s. V. également, Malaurie-Vignal M., Droit de la concurrence internet et européen, 2017, 7ème éd. Syrey Université, 386 p. n°567.

[1549] Sur la définition du marché pertinent, v. Commission européenne, Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 97/ C 372/03, du 9 décembre 1997.

[1550] V. Rivel G., La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence : inelegantia juris ? , Rec. Dalloz, 2008, p. 237.

[1551] *Ibid.*

sur la dynamique de marché, à mettre en regard de leurs effets potentiellement positifs sur l'innovation »[1552]. L'interdiction des discriminations au titre de l'article 101 du TFUE dépend ainsi largement des circonstances. En outre, les fournisseurs de liens dont nous nous occupons ici, les moteurs de recherche et les médias sociaux n'ont pas d'intérêt réel à mettre en place de tels accords. Leur crédibilité et donc leur succès auprès du public dépend en effet de leur capacité à présenter des informations selon leur pertinence supposée[1553], et non en vertu des relations d'affaire qu'ils entretiennent avec tel ou tel contenu. Pour l'ensemble de ces raisons, il nous semble que l'article 101 du TFUE constitue un moyen limité, voire marginal, d'appréhender les discriminations dans l'ordonnancement des liens. Preuve en est que la doctrine envisage principalement cet aspect sous l'angle de l'article 102 du TFUE concernant l'abus de position dominante[1554]. C'est d'ailleurs également l'approche que semble privilégier la Commission européenne comme en témoigne l'affaire *Google Search*.

B. La portée incertaine de l'article 102 TFUE

827. L'article 102, qui interdit l'abus de position dominante, est susceptible de s'appliquer à certaines discriminations pratiquées dans le cadre d'une activité consistant à ordonnancer des liens. La décision *Google Search (Shopping)* de la Commission européenne, visant à sanctionner le sur-référencement dont a bénéficié *Google Shopping* au sein du moteur de recherche *Google*, en est une illustration topique (1). Outre que cette décision est contestée par la société *Google* devant la CJUE, nous nous interrogerons également sur le fait de savoir s'il ne s'agit pas d'un cas isolé et, partant, peu susceptible de structurer la régulation de l'ordonnancement des liens (2).

1° L'affaire Google Search : l'application de l'article 102 du TFUE à un ordonnancement de liens

828. L'article 102 du TFUE interdit « *le fait* [...] *d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci* ». L'objectif sera d'évaluer en quoi et dans quelle mesure cette disposition peut permettre de lutter contre les discriminations dans le domaine de l'ordonnancement des liens. Au préalable, rappelons que le droit de la concurrence, et donc l'article 102,

---

1552 Curien N., Maxwell W., La neutralité d'Internetn *op. cit.*, p. 104.

1553 Sur ce sujet, v. notamment Cardon D., À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data, 2015, Seuil, coll. La République des idées, 112 p.

1554 V. par exemple. Verdure C., Van Moltke A., Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux *in* Giacobbo-Peyronnel V. et Verdure C., Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspective, 2017, Larcier, 706 p., p. 161 ; Petit N., L'application du droit de la concurrence au secteur du numérique. Droit de l'UE (Partie I), Concurrence, n°2, 2017.

ne prohibe pas *per se* les discriminations. En particulier, les discriminations fondées sur des critères objectifs, comme celle qui consiste « *à allouer une ressource rare – ici, les positions préférentielles du classement – à ceux qui les valorisent le plus* » ne sont pas interdites[1555].

829. Pour les besoins de l'analyse, nous raisonnerons à partir d'un exemple concret, comme nous avons pu le faire pour l'article 101 du TFUE. L'exemple pris sera cependant réel, puisqu'il s'agira de l'affaire *Google Search (Shopping)* dans laquelle la Commission européenne a récemment sanctionné *Google* pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche généralistes[1556]. Dans cette affaire, qui a débuté en 2010, la Commission européenne a été amenée à enquêter puis à sanctionner *Google* en juin 2017 pour abus de position dominante. Il était reproché à *Google* d'abuser de sa position dominante en favorisant systématiquement son propre comparateur de prix, *Google Shopping*, par rapport à ceux de ses concurrents au sein de son moteur de recherche généraliste. *Google* a cependant fait appel de la décision de la Commission européenne le 11 septembre 2017[1557].

830. Au regard de la lettre du texte, la mise en œuvre de l'article 102 du TFUE impose que soient démontrés, d'une part, l'existence d'une position dominante d'une part puis, d'autre part, un abus de cette position dominante[1558]. La première étape de l'application de l'article 102 duTFUE consiste donc à caractériser une position dominante. Pour ce faire, il est au préalable nécessaire de définir un marché pertinent sur lequel évaluer la réalité de cette position. Or cette étape peut s'avérer particulièrement complexe dans le domaine des plateformes numériques, catégorie englobant les fournisseurs de liens qui nous intéressent ici : les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus et les médias sociaux. Les plateformes numériques ont pour caractéristique centrale d'agir sur des marchés bifaces ou multifaces : en matière de fourniture de liens, la plateforme entretient normalement des rapports sur une face du marché, avec les annonceurs et sur l'autre, avec les utilisateurs finaux. Ces deux faces constituent néanmoins un seul et même ensemble puisque chacune des deux clientèles entretient avec l'autre une relation d'échange

---

1555 Petit N., L'application du droit de la concurrence au secteur du numérique. Droit de l'UE (Partie I), préc.

1556 Commission européenne, Case AT.39740, *Google Search (Shopping),* 27/06/2017. Sur cette affaire, v. notamment Verdure C., Van Moltke A., Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux *op. cit.* ; Bosco D., Google et le droit de la concurrence : avis de tempête !, Com. com. électr., n°4, 2011 ; Körber T., The Commission's « Next big thing » ? Why the Google's case is not a Microsoft reloaded ? Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2015, p. 414, accessible à : : https://ssrn.com/abstract=2674066 ; Banasevic N., Marques B., Portuese A., The Google Shopping decision, 2018, Concurrences, n° 2, 2018, p. 25.

1557 Tribunal de l'Union européenne, aff. T-612/17, *Google et Alphabet /Commission*, JOUE C 369/37 du 30/10/2017.

1558 V. cependant sur la perte d'importance de la démonstration de l'abus, v. Vogel L., Droit de la concurrence –Droit européen, *op. cit*., p. 20 et s et 314 et s. En substance, les autorités de concurrence tendent à interpréter la notion d'abus de manière objectif afin de sanctionner tout comportement ayant pour effet de maintenir ou de renforcer une position dominante. La sanction d'un effet concurrentiel a pris le pas sur la sanction du comportement anticoncurrentiel.

influencée par des effets de réseaux croisés[1559]. Il se pose alors un certain nombre de questions : faut-il définir autant de marchés qu'il y a de faces ? Comment appliquer les outils traditionnels du droit de la concurrence à des marchés qui ne s'y prêtent guère ? Comment, en effet, définir un marché dans un contexte où la relation entre fournisseurs de liens et les utilisateurs finaux est marquée du sceau de la gratuité ?[1560] Dans l'affaire *Google Search (Shopping)*, la Commission européenne a surmonté l'ensemble de ces difficultés en considérant que le marché pertinent était le marché de moteur de recherche généraliste et le marché des services de comparaison de prix[1561]. Selon la Commission européenne, l'activité de moteur de recherche représente de fait une activité spécifique au plan économique, qui n'est pas ou peu substituable par d'autres services tels que les médias sociaux ou les moteurs de recherche spécialisés[1562]. Par ailleurs, la Commission européenne a estimé qu'en dépit de la gratuité du service, un moteur de recherche comme *Google* réalise une activité économique dès lors que les données à caractère personnel des utilisateurs finaux contribuent à la monétarisation dudit service. Pour la Commission européenne cette gratuité relève en outre d'une stratégie commerciale d'ensemble qui doit être appréciée globalement sur un marché multifaces.

831. Le marché pertinent défini, il restait encore à caractériser l'existence d'une position dominante sur ce marché. Il s'agissait donc pour la Commission européenne de démontrer que *Google* détenait « *le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »[1563]. Classiquement, la Commission européenne a conclu à l'existence d'une position dominante sur le fondement d'une analyse des parts de marché de *Google*. Celles de la société américaine étaient en effet évaluées à plus 90 % pour son service de moteur de recherche et plus de 80 % son service de placement de publicité[1564]. Or de jurisprudence constante, une telle proportion est, en elle-même, une indication claire d'une position dominante sur un marché donné[1565].

[1559] Pour rappel, en vertu d'un effet de réseau, les agents présents sur l'une des faces d'un marché sont généralement affectés positivement par l'augmentation du nombre d'agents présents sur l'autre face du marché.

[1560] Sur ces points, v. Verdure C., Van Moltke A., Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux, *op. cit.*, p. 168. ; Petit N., L'application du droit de la concurrence au secteur du numérique, Droit de l'UE (Partie I), Concurrence, n°2, 2017.

[1561] Commission européenne, Case AT.39740, *Google Search (Shopping)*, 27/06/2017, point 154 et s.

[1562] *Ibid.*, point 161 et s. Contra. Portues A., *in* Banasevic N., Marques B., Portuese A., The Google Shopping decision, préc.

[1563] Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOCE C 45 du 24/02/2009, point 10.

[1564] *Ibid.*, point 273 et s. Pour une critique de ce critère dans le contexte de l'économie numérique, v. Körber T., Common errors regard search engine regulation - and how to avoid them, E.C.L.R, Vol. 36, n°6, 2015, p. 239. spéc., 241.

[1565] V. notamment, Tribunal de l'Union européenne, 29 mars 2012, aff. T-336/07, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, Rec. général, point 150.

832. La Commission européenne a ensuite établi l'existence d'un abus d'exploitation de cette position dominante. Cet abus tenait au fait que, depuis 2008, *Google* discriminait les services de comparaison de prix concurrents afin de favoriser son propre service au sein des résultats de recherche. La Commission européenne a ainsi estimé que le service de *Google* et les services des concurrents étaient soumis à des algorithmes différents. De cette façon, les services de comparaison de prix de *Google* se retrouvaient en tête des résultats de recherche lorsque *Google* estimait pertinent de le montrer[1566]. À l'inverse, les services des concurrents étaient soumis à un algorithme de recherche générique et se trouvaient, pour le meilleur d'entre eux, à la page quatre des résultats de recherche[1567]. Or, il est avéré que les dix premiers liens figurant dans les résultats reçoivent plus de 90% des clics des internautes[1568]. Au-delà de la page 2, les résultats reçoivent moins de 1 % des clics[1569]. Cette pratique sur le marché des moteurs de recherche généralistes permettait donc à *Google* de fausser la concurrence sur le marché des comparateurs de prix : *Google* profite de sa position dominante pour capter l'audience et la diriger vers son propre service spécialisé au détriment de ses concurrents, qu'elle marginalise. Pour reprendre les distinctions classiques du droit de la concurrence, *Google* procédait, selon la Commission européenne, à un abus d'éviction[1570]. En conséquence, cette dernière a infligé une amende de 4, 24 milliards de dollars à ce moteur de recherche, tout en lui imposant de mettre fin à cette pratique.

833. En première analyse, et à la lumière de cet exemple, l'article 102 du TFUE se révèle donc un bon moyen de protéger les fournisseurs de contenus et les utilisateurs finaux des discriminations opérées dans l'ordonnancement des liens. La sanction de l'abus de position dominante permet avant tout de corriger une discrimination survenue, mais le montant de l'amende infligée peut aussi avoir des vertus dissuasives. Dans cette perspective, l'affaire *Google Shopping* témoigne de l'efficacité de l'article 102 du TFUE à lutter contre la marginalisation de concurrents sur un marché secondaire par un moteur recherche dominant. Indirectement, l'article 102 du TFUE a aussi pour effet de protéger les utilisateurs finaux de ce biais qui les conduit à avoir une représentation faussée des contenus présents sur Internet. Cet aspect est d'autant plus important que la position dominante de *Google* sur le marché des moteurs de recherche en

---

1566 Commission européenne, Case AT.39740, *Google Search (Shopping),* préc., point 344 et s.

1567 *Ibid*., point 371 et s.

1568 *Ibid*., point 457.

1569 *Ibid*.

1570 Commission européenne, Case AT.39740, *Google Search (Shopping),* préc., point 653 ; V. également Petit N., L'application du droit de la concurrence au secteur du numérique, préc., n°24. ; Contra. Portues A., *in* Banasevic N., Marques B. ; Portuese A., The Google Shopping decision, préc. L'auteur considère qu'une telle discrimination relève d'une stratégie économique classique par laquelle une société mère favorise les produits issus de ses filiales. Sont pris pour exemple les rayonnanges de grandes surfaces dans lesquels la marque distributeur peut être mise en avant. L'analogie a ses limites : la Commission a bien montré qu'au-delà des dix premiers liens figurant dans les résultats de recherche, les contenus n'étaient quasiment plus consultés. Il nous semble que la mise en avant des produits distributeurs dans une grande surface n'a pas une influence aussi radicale sur les consommateurs.

fait un point de passage incontournable vers l'information[1571]. De ce fait, les discriminations pratiquées par cette société ont un impact démultiplié sur la visibilité des contenus et, partant, sur les conditions dans lesquelles les utilisateurs finaux y accèdent.

834. Soulignons également que cette affaire a amené la Commission européenne à définir ce qui peut caractériser un comportement abusif en matière d'ordonnancement de liens. Est abusif le fait de soumettre des contenus similaires (des comparateurs de prix) à un traitement algorithmique différencié, conduisant à valoriser l'un d'entre eux et marginaliser les autres au sein du référencement[1572]. Contrairement à ce qui a pu être avancé[1573], la décision de la Commission européenne n'impose pas à *Google* une sorte de « *search neutrality* », c'est-à-dire l'obligation de traiter l'ensemble des contenus de la même manière. L'évocation par la Commission européenne d'une obligation « d'égalité de traitement »[1574] est à cet égard trompeuse : l'abus ne provient pas de l'ordonnancement des liens en tant que tel mais du fait que *Google* n'applique pas les mêmes méthodes et procédés de placement et d'affichage à son propre service et à ceux des concurrents[1575]. Cet effet est en outre renforcé par le fait que l'utilisateur final n'est pas effectivement informé de ce traitement différencié[1576].

2° L'affaire Google Search : un cas isolé d'application de l'article 102 du TFUE à un ordonnancement de liens ?

835. Malgré ce constat positif, l'article 102 du TFUE pourrait ne pas être la panacée en matière de lutte contre les discriminations pratiquées dans le domaine de l'ordonnancement des liens. D'abord, la société *Google* fait appel de la décision de la Commission européenne[1577]. En substance, la société *Google* conteste le caractère discriminatoire de sa pratique ainsi que son effet anti-concurrentiel. Certains auteurs considèrent également que l'approche retenue par la Commission européenne, notamment s'agissant de l'évaluation de la position dominante de *Google* n'est pas la bonne. Selon ces auteurs, la preuve de la

---

1571 *Ibid*., point 457.

1571 *Ibid*.

1571 Contra. Körber T., Common errors regard search engine regulation - and how to avoid them, E.C.L.R, Vol. 36, n°6, 2015, p. 239., spéc., 241 et s. Cette position peut être résumée par l'expression « competition is one click away » que la société Google a fait sienne afin de se défendre de toute position dominante.

1572 Commission européenne, Case AT.39740, *Google Search (Shopping),* préc., point 661 et 662.

1573 Portues A., *in* Banasevic N., Marques B. ; Portuese A., The Google Shopping decision, préc.

1574 Commission européenne, IP.17/1784 du 27/06/2017.

1575 Soulignant l'importance de cette distinction, Banasevic N., *in* Banasevic N., Marques B., Portuese A., The Google Shopping decision, préc., p. 31.

1576 *Ibid*., point 663.

1577 Tribunal de l'Union européenne, aff. T-612/17, *Google et Alphabet c. Commission*, JOUE C 369/37 du 30/10/2017.

position dominante par les parts de marché, trop statiques, ne convient pas au secteur des plateformes, caractérisé par son dynamisme[1578]. Dans ce secteur, des parts de marché importantes démontreraient un haut degré de concurrence plutôt que d'un marché sclérosé[1579]. Ce serait, en effet, le propre des entreprises innovantes que de posséder une part de marché importante, jusqu'à l'arrivée d'un produit ou un service meilleur[1580]. La décision *Microsoft/Skype*[1581] de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations peut être citée à l'appui de cette thèse. Dans cette affaire, la Commission européenne a considéré que 90% de parts de marché n'étaient pas problématiques dans la mesure où le marché concerné était particulièrement dynamique et les consommateurs en capacité de se tourner vers d'autres services. Dans l'affaire *Google Search*, la solution finale pourrait donc varier.

836. Par ailleurs, la démonstration par la Commission européenne de la position dominante et de l'abus de cette position dans l'affaire précitée nous semble avoir été facilitée par les circonstances de l'espèce et il n'est pas certain que l'article 102 du TFUE puisse être appliqué dans un contexte différent. S'agissant de la position dominante, il était particulièrement aisé de s'appuyer sur les parts de marché de *Google*, tant la position de la société américaine est hégémonique dans le secteur des moteurs de recherche généralistes. Cet aspect semble particulièrement important pour comprendre la décision de la Commission européenne. À notre estime, il est douteux que l'article 102 du TFUE puisse être appliqué à d'autres fournisseurs de liens qui ne jouent pas un rôle aussi important que *Google* dans la diffusion et l'accès à l'information. Nous pensons, par exemple, aux médias sociaux *Facebook* ou *Twitter*.

837. La caractérisation de l'abus, quant à elle, nous paraît essentiellement devoir concerner les cas où, comme dans l'affaire *Google Search*, une entreprise dominante favorise une entreprise qui lui est économiquement liée sur un marché aval[1582]. Il est en ce cas plus facile de détecter et de démontrer les effets anti-concurrentiels de la discrimination. Cela ne serait sans doute pas le cas si *Google* procédait à une rétrogradation de certains liens pour des motifs économiques, sans pour autant avantager ses propres contenus. De manière fictive, nous pourrions imaginer que *Google* rétrograde certains contenus afin d'inciter leurs propriétaires à adhérer aux dispositifs *AdWords* ou *AdSense* (*AdSense* est un programme de

---

1578 Commission européenne, Case M.6281, Microsoft/Skype, 07/10/2011.

1579 Rato M., Petit N., Abuse of dominance in technology enabled markets : established standards reconsidered ?, European Competition Market, Vol 9, n°11, 2013, p. 11 et s. Accessible à : https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387357. Dernier accès le dernier accès le 01/03/2019.
Körber T., Common errors regard search engine regulation - and how to avoid them, préc., p. 241 ; Verdure C., Van Moltke A., Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux, *op. cit.*, p. 175 et s.

1580 *Ibid.* ; Rappr. Maxwell W., Pénard T., La régulation des plateformes numériques en Europe, Livre blanc, 2015.

1581 Körber T., Common errors regard search engine regulation - and how to avoid them, préc., p. 241.

1582 Rappr. Petit N., L'application du droit de la concurrence au secteur du numérique. Droit de l'UE (Partie I), péc., n°12.

publicité contextuelle que *Google* place directement sur des sites web tiers). *Google* pourrait aussi tout simplement rétrograder des liens renvoyant vers des contenus affiliés à des moteurs de recherche concurrents. Serait-il possible dans ces cas de démontrer une atteinte à la concurrence puisque *Google* ne favorise pas ses propres contenus ? En Allemagne, l'autorité de la concurrence a, en tout cas, refusé de sanctionner le moteur de recherche *Google* sur le fondement de l'abus de position dominante dans une situation voisine. En 2013, la loi allemande sur le droit d'auteur a été modifiée afin de soumettre les moteurs de recherche et les agrégateurs d'actualité à un droit voisin au profit des éditeurs de presse. Afin d'échapper à ce droit exclusif, *Google* a utilisé sa position dominante pour obliger les éditeurs de presse allemands à lui consentir une licence gratuite dans le cadre du référencement de leurs articles de presse. En cas de refus, le moteur de recherche ne faisait remonter les articles de presse qu'à travers leurs titres, affectant de ce fait leur visibilité au sein des résultats de recherche[1583]. La discrimination opérée par Google dans le cadre de sa position dominante est ici flagrante ; elle conduit à déprécier la visibilité des contenus de presse au sein des résultats de recherche. Pourtant, les autorités allemandes ont refusé d'y voir un abus de position dominante au motif que le modèle économique de *Google* est « gagnant-gagnant » pour l'ensemble des acteurs de la chaîne de valeur[1584]. *A fortiori*, les discriminations d'ordre idéologique ou politique n'auront pas non plus vocation à être appréhendées par la sanction des abus de position dominante, quand bien même auraient-elles un impact sur le marché, l'innovation ou le bien-être des consommateurs.

Ces difficultés relatives à l'article 102 du TFUE appliqué à l'ordonnancement de liens sont en outre exacerbées par des limites intrinsèques au droit de la concurrence.

§ 2. - Des difficultés exacerbées par des limites intrinsèques au droit de la concurrence

838. Deux types de limites inhérentes au droit de la concurrence doivent être évoquées. Ce sont d'abord des limites d'ordre procédural qui doivent être envisagées. Celles-ci représentent en effet une source supplémentaire de contraintes dès lors qu'il s'agit de remédier aux discriminations susceptibles de biaiser l'ordonnancement des liens (A). Ce sont, ensuite, des limites relatives aux finalités du droit de la

1583 Franceschini L., Rapport du CSPLA sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, 2016, p. 10.

1584 Nordemann J-B., Germany's publishers take on Google, Kluwer Copyright Blog, 2016, accessible à : http://kluwercopyrightblog.com/2016/08/30/germanys-publishers-take-google/.

concurrence qui seront mises en exergue, puisque ces dernières n'ont pas pour objet de protéger les fournisseurs de contenus et les utilisateurs finaux (B).

A. Des limites relatives aux procédures du droit de la concurrence

839. Indépendamment des enjeux relatifs à l'ordonnancement des liens, les délais de procédure (entre la plainte et la décision) en vue de l'application du droit de la concurrence sont longs[1585]. L'enquête de la Commission européenne visant à déterminer l'existence ou non d'une pratique anticoncurrentielle repose sur des demandes de renseignements aux entreprises soupçonnées et sur des enquêtes sur place qui peuvent prendre du temps[1586]. Ainsi dans la décision *Google Shopping*, l'enquête approfondie sur les pratiques de *Google* fut ouverte le 30 novembre 2010 par la Commission européenne[1587]. La décision de la Commission européenne de sanctionner *Google* est intervenue sept ans plus tard, le 27 juin 2017, après l'échec de la procédure d'engagement[1588] mise en place par la Commission européenne entre 2010 et 2015[1589]. Cette affaire, qui concerne directement notre étude, est particulièrement révélatrice de la longueur des délais des procédures de concurrence. On aurait cependant tort de croire qu'elle est un cas isolé. Dans l'affaire *Microsoft*, également emblématique du droit européen de la concurrence, ce sont près de six ans qui se sont écoulés entre le dépôt de plainte et la décision de la Commission européenne[1590]. Au-delà de la durée, l'enquête peut être mise à mal par la complexité de la pratique anticoncurrentielle à démontrer. L'affaire *Google Search* en est encore la meilleure illustration.

840. Ces délais nous paraîssent nuire à une appréhension efficace des pratiques discriminatoires en matière d'ordonnancement de liens. En raison de la complexité des procédés algorithmiques mis en œuvre pour ordonnancer des liens, l'enquête sur les pratiques discriminatoires sera nécessairement longue. La saga *Google Search* l'a montré. Or ce délai peut s'avérer extrêmement préjudiciable aux fournisseurs de contenus discriminés. À titre d'exemple, lorsque *Google* a choisi de rétrograder les contenus des éditeurs de presse allemands qui refusaient de permettre gratuitement le référencement de leurs articles, ces derniers

---

1585 En ce sens, Chagny M., Le référencement en ligne : aspect de concurrence, Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 43, spéc., p. 144.

1586 Règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, article 17 à 22.

1587 Commission européenne, IP/10/1624, 30/11/2010.

1588 Règlement (CE) n°1 /2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 001 du 04/01/2003, p.1, article 9.

1589 Ce sont en vérité trois « paquets » d'engagement qui ont été proposés à *Google,* V. Verdure C., Van Moltke A., Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux *op. cit.*, note 165.

1590 Commission européenne, Case COM/C-3/37/.792, Microsoft, 24/03/2004.

ont subi une chute du trafic de 40 % venant du moteur de recherche et de 80 % depuis *Google News* en l'espace d'un mois. Il est évident qu'une telle baisse du trafic génère un coût économique difficilement supportable pour celui qui le subit, même sur une courte période. Or certains fournisseurs de contenus pourraient ne pas avoir l'envergure financière pour continuer leur activité de manière pérenne jusqu'à l'adoption de la décision. Du côté des utilisateurs finaux, le constat est le même. La durée de la discrimination s'étendrait dans le temps jusqu'à la décision et pourrait durablement modifier leur comportement vis-à-vis de l'information en ligne.

841. Toutefois, le droit européen de la concurrence comprend des procédures d'urgence qui peuvent tempérer ces effets. L'article 8 du règlement (CE) 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communautés européenne, prévoit effectivement que les autorités de concurrence peuvent prendre des mesures conservatoires lorsqu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence. L'Autorité française de la concurrence a usé de cette possibilité dans l'affaire *Navx* à l'encontre du moteur de recherche *Google*[1591]. Elle a ainsi imposé à ce dernier de garantir que son service de liens commerciaux *AdWords* soit conforme aux principes d'objectivité, de transparence et de non discrimination. De plus, l'Autorité de la concurrence a enjoint au moteur de recherche de rétablir le compte *AdWords* de *Navx* afin de lui permettre de disposer de liens commerciaux[1592]. Ces derniers constituaient une source de trafic importante indispensable à la sauvegarde l'intérêt économique du plaignant[1593]. De ce fait certains auteurs voient dans la procédure d'urgence en droit de la concurrence un moyen de prévenir efficacement les risques de discrimination, notamment en matière d'ordonnancement de liens[1594].

842. Cette affirmation nous semble cependant devoir être nuancée. D'une part, l'Autorité de la concurrence a, dans une affaire qui concernait également une pratique discriminatoire avérée dans le cadre du système *AdWords*, rejeté la demande de mesure conservatoire[1595]. Il n'était, en effet, pas établi que la pratique litigieuse causait une atteinte grave au marché et aux intérêts du plaignant. D'autre part, il faut bien observer que les pratiques discriminatoires en cause dans les deux affaires soumises à l'Autorité de la concurrence française relevaient d'un déréférencement brutal. Selon nous, il sera bien complexe d'apporter la preuve « *d'un préjudice grave et irréparable causé à la concurrence* » susceptible de justifier

---

1591 Autorité de la concurrence, Décision n°10-MC-01, 30 juin 2010.
1592 *Ibid*., point 269 et s.
1593 *Ibid*., point 252 et s.
1594 Maxwell W., Pénard T., La régulation des plateformes numériques en Europe, Livre blanc, 2015, p. 4.
1595 Autorité de la concurrence, n°15-D-3, 9 septembre 2015.

une mesure conservatoire lorsque la discrimination procédera d'une simple rétrogradation des liens puisque les liens seront toujours accessibles.

Outre ces limites, relatives à la procédure du droit de la concurrence, ce sont les finalités de ce droit qui nous paraîssent faire obstacle à une appréhension efficace des risques de manipulation et de discrimination dans le domaine de l'ordonnancement des liens.

B. Des limites relatives à la finalité du droit de la concurrence

843. Le droit européen de la concurrence poursuit l'objectif d'assurer un niveau de concurrence efficace afin de permettre le bon fonctionnement du marché intérieur[1596]. Il impose à cet effet des règles qui s'opposent aux pratiques qui suppriment ou réduisent le niveau de concurrence. À ce titre, le droit de la concurrence est en principe dépourvu de toute préoccupation d'équité : il ne vise principalement qu'à accroître le surplus global de l'économie[1597]. Ce droit n'a ainsi pas pour vocation de protéger directement les consommateurs ou les concurrents. La Commission européenne l'a clairement souligné dans ses orientations relatives à l'application de l'article 82 du TCE (désormais article 102 du TFUE)[1598]. Selon la Commission européenne, il s'agit surtout de « *préserver le jeu de la concurrence dans le marché intérieur et à faire en sorte que les entreprises détenant une position dominante n'excluent pas leurs concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par la qualité des produits ou des services qu'elles fournissent* »[1599]. Or, pour la Commission européenne, « *cette politique peut avoir pour effet de faire disparaître du marché les concurrents moins intéressants pour les consommateurs du point de vue des prix, du choix, de la qualité et de l'innovation* »[1600]. Par ailleurs, la Cour de justice a estimé que l'« *article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle* »[1601].

[1596] V. par exemple CJCE 25 octobre 1977, aff. 26-76, *Metro SB-Großmärkte & Co. contre Commission des Communautés européennes*, Rec. de jurisprudence, p. 1875, point 20.

[1597] Vogel L., Droit de la concurrence–Droit européen, *op. cit.*, p. 9 et s.

[1598] Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, (2009/C 45/02), JOUE du 24/02/2009, p. 7.

[1599] *Ibid.*, considérant 6.

[1600] *Ibid.*

[1601] CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rec. de jurisprudence, p. I-04529, point 38.

844. Dès lors, contrairement à ce que semble suggérer la Commission européenne[1602], il est peu probable que le droit de la concurrence permette d'appréhender globalement et efficacement les risques de manipulation et de discrimination susceptibles d'affecter l'ordonnancement des liens. En effet, ce droit, par nature, ne peut être qu'un moyen de traitement partiel de ces discriminations puisqu'elles seront envisagées, en premier lieu, sous l'angle de la concurrence efficace et du bon fonctionnement du marché. Or nous avons montré que l'enjeu principal, eu égard à ces discriminations, était la protection des fournisseurs de contenus et des utilisateurs finaux au titre l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'UE concernant la liberté d'expression et d'information. À ce sujet, la décision *News Corp/BSkyB*[1603] de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations est intéressante. La Commission européenne y explique que les objectifs et le cadre légal applicable diffère selon que l'analyse juridique concerne l'examen de la concurrence ou l'examen de la pluralité des médias. Elle rajoute qu'à ce titre, le contrôle des concentrations a pour objet d'assurer qu'il n'y ait pas d'obstacle significatif à une concurrence effective. Cela contraste avec l'examen de la pluralité des médias qui concerne des objectifs plus larges tels que le rôle des médias dans la vie démocratique[1604]. De manière évidente, cette affaire illustre que le droit de la concurrence et l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'UE s'appliquent à des préoccupations différentes, qui n'ont pas nécessairement vocation à converger. Partant, il est clair que ce droit ne saurait constituer, à lui seul, un instrument permettant de réguler les conditions d'ordonnancement des liens. Par ailleurs, le droit de la concurrence n'a pas normalement pour finalité de satisfaire des objectifs politiques globaux[1605]. Or tel est bien le type de finalité que devrait poursuivre la régulation des conditions d'ordonnancement des liens, au sein de la régulation des plateformes.

Conclusion de la section 1

845. Le droit de la concurrence est considéré par la Commission européenne comme un moyen de régulation complémentaire et transversal des plateformes en ligne[1606]. Cette approche englobe également des activités portant sur l'ordonnancement des liens, comme les moteurs de recherche et les médias sociaux puisque ces derniers relèvent de cette catégorie de plateformes. À cet égard, nous avons montré que le droit de la concurrence était en effet un moyen de réguler de manière globale les conditions dans

---

[1602] V. Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016, p. 14 et 15.

[1603] Commission européenne, 21 décembre 2010, Case n°. COMP/M.5932, *News Corp/BSkyB*.

[1604] *Ibid*., point 307.

[1605] Rappr. Körber T., Common errors regard search engine regulation - and how to avoid them, préc., 239.

[1606] V. Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, préc., p. 14 et 15.

lesquelles les liens sont ordonnancés. Le droit de la concurrence, à travers l'interdiction des ententes et des abus de positions dominantes, offre une protection contre les discriminations pratiquées dans le cadre de l'ordonnancement des liens. L'affaire *Google Search* en est l'illustration principale : l'article 102 du TFUE a été mobilisé pour sanctionner la pratique de *Google* qui consistait à mettre en avant son propre service de comparateur de prix et à rétrograder les liens renvoyant vers ceux de ses concurrents au sein des résultats de recherche. Le droit de la concurrence n'est toutefois qu'un moyen relatif pour lutter contre ce type de discriminations. Nous avons, en premier lieu, souligné que l'application de ce droit à des discriminations pratiquées dans le cadre de l'ordonnancement des liens risquait de s'avérer difficile. Les raisons sont multiples mais pointent toutes vers la même direction : la difficulté que représente la caractérisation de l'effet anti-concurrentiel. Dans cette perspective, la décision *Google Search*, si elle venait à être confirmée par le Tribunal de l'Union Européenne, pourrait n'être qu'exceptionnelle et liée au caractère hégémonique du moteur *Google*. En second lieu, le droit de la concurrence souffre de limites qui lui sont inhérentes. La procédure de concurrence, de par sa longueur et sa complexité, représente en effet un frein à l'appréhension efficace des discriminations dans l'ordonnancement. Enfin, et peut être surtout, le droit de la concurrence est limité par sa finalité : il n'a pas pour objet la protection des fournisseurs de contenus ou des utilisateurs finaux des liens, mais bien la protection de la concurrence et le bon fonctionnement du marché.

Il nous semble de ce fait nécessaire d'envisager, à titre prospectif, la création d'obligations visant à garantir la liberté d'expression et d'information dans le cadre de l'ordonnancement des liens.

Section 2. - Vers des obligations visant à garantir la liberté d'expression et d'information dans le cadre de l'ordonnancement des liens

846. L'objectif sera ici d'envisager quelques pistes visant à garantir la protection des droits fondamentaux des utilisateurs finaux et des fournisseurs de contenus dans leur rapport à l'ordonnancement des liens. Cette protection a vocation à garantir que la représentation de l'information du web à laquelle l'ordonnancement des liens procède n'est pas tronquée ou faussée par les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus ou les médias sociaux. À cet égard, il est parfois opposé à ces acteurs le principe de neutralité d'Internet[1607]. Ce principe renvoie à la « *gestion non discriminatoire des flux d'informations circulant dans ses infrastructures* [et] *vise la protection de l'innovation, de la liberté d'expression, et l'accès égal de tous aux informations et services disponibles* »[1608]. De ce fait, certains auteurs,

[1607] Pour une synthèse, v. Conseil National du Numérique, Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique et soutenable, 2014.
[1608] *Ibid.*, p. 26.

essentiellement américains[1609], ou le Conseil national du numérique en France, ont proposé d'étendre le principe de neutralité du net, prévu à l'origine pour encadrer les services de fourniture d'accès à Internet, à l'ensemble des plateformes en ligne. Dans cette perspective, certains fournisseurs de liens, tels que les moteurs de recherche, y seraient également soumis. Cette proposition paraît d'autant plus intéressante que le principe de neutralité du net a été largement intégré en droit de l'Union européenne par un règlement de 2015 dont plusieurs dispositions visent à garantir un accès à un Internet ouvert[1610]. Ce principe, puisque déjà connu du droit européen, n'impliquerait pas de bouleversement conceptuel. Nous observerons néanmoins que cette approche repose sur une perspective faussée du principe de neutralité d'Internet (§1). D'autres propositions, principalement doctrinales, envisagent d'instaurer une obligation de transparence qui couvrirait les activités relatives à l'ordonnancement des liens. Ce type d'obligations, plus cohérente sur le plan juridique, nous semble apporter des garanties suffisantes au regard de la liberté d'expression et d'information (§2)

§ 1. - L'impossible extension du principe de neutralité du net à l'ordonnancement des liens

847. L'importance du principe de neutralité d'Internet a été reconnu dès 2009 par la Commission européenne comme étant nécessaire au bon fonctionnement d'Internet et à l'exercice des droits fondamentaux[1611]. Ce principe n'a toutefois été intégré en droit de l'UE, au sein du règlement (UE) 2015/20120, qu'en 2015, à l'issue d'âpres débats relatifs à sa définition et à son contenu[1612]. Après avoir explicité la finalité et détaillé le contour de la neutralité d'Internet en droit de l'Union européenne (A), nous serons en mesure de montrer pourquoi, malgré certaines propositions en ce sens, il ne peut être transposé de manière cohérente aux activités consistant ou impliquant d'ordonnancer des liens (B).

1609 Pour une synthèse, v. Grimmelman J., Speech engines, Minnesota Law Review, n°98, 2013, p. 881 et s.

1610 Règlement (UE) 2015/20120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n°531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communication mobiles à l'intérieur de l'Union, JOUE L 310 du 26/11/2015, p. 1.

1611 Commission européenne, Déclaration de la Commission sur la neutralité d'Internet, 2009/C308/02, 18/12/2009.

1612 Sur les termes et les enjeux du débat relatif à la neutralité, v. notamment Curien N., Maxwell W., La neutralité d'Internet, 2011, coll. Repère, La Découverte,126 p., p. 101, spéc., 10 et s. ; Strowel A., Net neutrality : What regulation for the Internet in Europe and beyond, *in* Strowel A (dir.), Net Neutrality in Europe, 2013, Bruylant, 174 p., p. 1.

A. Un principe visant à garantir le droit des utilisateurs finaux d'accéder et de diffuser les informations de leur choix

848. À l'origine, le concept de neutralité d'Internet a été formulé en 2003 par le professeur de droit américain Tim Wu. Selon lui, « [p]*our procurer une utilité maximale, un réseau public d'information* [tel que le réseau Internet] *doit tendre à un traitement équivalent de tous les contenus, sites et plateformes* »[1613]. Autrement dit, en vertu de ce principe, les réseaux de communication électronique doivent rester neutres, c'est-à-dire transporter le flux d'informations sans discrimination à l'égard de la source, du destinataire ou de la nature du contenu[1614]. Ce principe, qui entend préserver le caractère initialement ouvert du réseau Internet[1615], est un « *principe général de régulation des services de communications électroniques susceptible d'assurer et de garantir l'universalité du réseau, dont le fonctionnement présente des enjeux à la fois politiques, économiques et sociétaux forts* »[1616]. Il vise à garantir que les fournisseurs de services d'accès à Internet (FAI), qui sont des points de passage incontournables du réseau, n'useront pas de cette position pour prioriser certains services ou certaines applications ou pour en bloquer d'autres. Les motivations peuvent être diverses : favoriser l'un de leur propre service ou application ou « punir » une application qui serait trop gourmande en ressource, tel qu'un service de vidéo à la demande[1617]. Le principe de neutralité interdit ce type de pratique discriminatoire afin qu'Internet reste un foyer d'innovation et d'échange d'information, propice à l'exercice de la liberté d'entreprendre et à l'exercice de la liberté d'expression et d'information.

849. En droit de l'Union, ce principe a été consacré au sein du règlement (UE) 2015/20120[1618]. Il est davantage désigné par l'expression « Internet ouvert ». En substance, l'article 3 du règlement, intitulé « garantir l'accès à un Internet ouvert » consacre en son § 1 le droit pour les utilisateurs finaux d'accéder et de diffuser les informations et les contenus de leur choix, peu important le lieu, l'origine ou la destination de l'information ou du contenu. À cette fin, il est précisé au § 3 de l'article précité que les flux d'information doivent être traités de manière égale par les FAI, sans discrimination ou restriction fondée quels que soient l'expéditeur, le destinataire ou le contenu concerné. Cette obligation vise spécifiquement les fournisseurs d'accès que le règlement définit comme un « *service de communications électroniques*

[1613] Tim Wu, cité par Curien N., Maxwell W., La neutralité d'Internet, *op. cit*., p.10 ; V. également, Wu T., Network Neutrality, Broadband Discrimination, Journal on Telecommunications and High Technology Law, vol. 2, 2003, p. 141.

[1614] ARCEP, Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité d'Internet, 2012, p. 12.

[1615] Rapport du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, 2014, p. 217.

[1616] Robin A., Neutralité du net : vers une consécration européenne du principe ?, Com. com. électr. n°6, étude 12, 2015, n°4.

[1617] V. Commission européenne, L'internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe, COM (2011)222 Final, du 19/04/2011, p. 6.

[1618] Règlement (UE) 2015/20120, préc.

accessible au public, qui fournit un accès à l'internet et, partant, une connectivité entre la quasi-totalité des points terminaux de l'internet, quels que soient la technologie de réseau ou les équipements terminaux utilisé »[1619]. Les activités consistant ou impliquant de fournir des liens sont donc exclues de cette obligation puisque, techniquement, le lien n'assure pas une connectivité entre les points terminaux de l'Internet.

850. Le principe de neutralité n'est cependant pas absolu. Le règlement prévoit en effet un certain nombre de tempéraments. Les FAI sont ainsi autorisés à prendre des mesures de gestion de trafic qui peuvent conduire à privilégier certains flux sur d'autres. Ces mesures doivent cependant être transparentes, non discriminatoires et proportionnées. Elles doivent, en outre, être fondées, non pas sur des considérations commerciales, mais sur des exigences objectives relatives à la qualité de services nécessaire à l'acheminement de certaines catégories spécifiques de trafic. Des mesures de gestion du trafic sont également autorisées afin de permettre à un FAI de se conformer au droit de l'UE, à la législation nationale, à une décision de justice ou afin de préserver l'intégrité et la sûreté du réseau (par exemple en cas d'attaque informatique).

851. Enfin, l'article 4 du règlement prévoit des mesures de transparence garantissant un Internet ouvert. Les FAI sont ainsi obligés de fournir certaines indications dans les contrats de fourniture d'accès à Internet. En substance, ces informations doivent permettre aux utilisateurs finaux de comprendre la manière dont les mesures de gestion de trafic ou la qualité du service offert pourraient avoir une incidence sur leur capacité à accéder et à diffuser les informations de leur choix. Des voies de recours et de réclamation sont, en outre, ouvertes aux utilisateurs finaux en cas de violation de l'ensemble des obligations précitées. L'article 5 du règlement confie, par ailleurs, la surveillance du respect de ces obligations aux autorités règlementaires nationales, qui doivent encourager l'accès à un service d'accès internet non discriminatoire et de qualité.

Le principe de neutralité présenté, il est désormais possible d'expliquer en quoi il ne saurait être étendu aux activités portant sur l'ordonnancement de liens, les moteurs de recherche et les médias sociaux.

[1619] *Ibid*., article 2.

B. Un principe difficilement conciliable avec la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens

852. Des propositions, notamment doctrinales ou en provenance d'instances consultatives, comme le Conseil national du numérique[1620], ont envisagé d'étendre et d'adapter le principe de neutralité d'Internet aux plateformes en ligne, parmi lesquelles figurent certains fournisseurs de liens comme les moteurs de recherche et les médias sociaux. Ces propositions ont néanmoins fait leur temps, notamment en France : à une obligation de neutralité, il est désormais préféré une obligation de loyauté des plateformes et, partant, des services dont l'activité porte sur l'ordonnancement des liens[1621]. Ce changement d'approche est déjà le signe que la neutralité d'Internet n'est sans doute pas un concept applicable à l'activité d'ordonnancement de liens. Il est cependant nécessaire d'en expliciter les raisons : elles permettront en creux de mieux comprendre quel type d'obligations permettrait de garantir l'exercice de la liberté d'expression et d'information dans le cadre de l'ordonnancement des liens.

853. L'approche selon laquelle le principe de neutralité d'Internet devrait être étendu aux plateformes et, en particulier, à celles dont l'activité porte sur l'ordonnancement des liens, repose sur deux arguments majeurs. Le premier tient au rôle joué par les plateformes. Ce rôle consiste à définir quelles informations seront visibles et accessibles et quelles informations seront relayées à la périphérie du web[1622]. Dès lors, il peut être considéré que, tout comme les FAI, les plateformes sont une porte d'entrée incontournable pour qui souhaite accéder ou diffuser de l'information. Ces acteurs seraient, de ce fait, tous en capacité d'affecter l'ouverture et la diversité de l'espace public d'expression et d'information qu'est Internet[1623].

854. Les FAI et les plateformes - parmi ces dernières les moteurs de recherche étant particulièrement ciblés - partageraient ainsi une quasi identité de fonction qui pourrait justifier que le principe de neutralité d'Internet soit imposé tant aux premiers qu'aux seconds. Le deuxième argument, connexe au premier, repose sur le fait que le principe de neutralité et la régulation des plateformes poursuivent un objectif commun : garantir l'exercice de la liberté d'expression et d'information sur internet en permettant aux utilisateurs d'y accéder et d'y diffuser des informations.

1620 Conseil National du Numérique, Neutralité des plateformes, préc.

1621 Pour une synthèse, v. Grimmelman J., Speech engines, Minnesota Law Review, n°98, 2013, p. 903 ; V. également, Rapport du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, 2014, p. 222, Conseil national du numérique. Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique, 2015.

1622 Grimmelman J., Speech engines, préc., p. 881 ; Rapport du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, préc.

1623 Bracha O., Pasquale F., Federal Search Commission – Access, fairness and accountability in the law of search, Cornell Law Review, Vol. 93, n° 6, 2008, p. 1172.

855. Si dans sa logique le principe de neutralité d'Internet apparaît transposable à l'activité d'ordonnancement de liens, tel n'est toutefois pas le cas de son contenu. Comme l'a soulevé le Conseil d'État en France, le principe de neutralité implique que tous les sites internet soient traités de manière équivalente[1624]. Or un tel traitement égalitaire ne peut être demandé à un moteur de recherche, puisque l'objet même d'un moteur est de hiérarchiser les sites internet selon un ordre de préférence donné[1625]. Par identité de motifs, cette analyse peut être transposée aux médias sociaux ou aux agrégateurs de contenus, en ce qui concerne leur activité d'ordonnancement de liens.

856. De manière plus subtile, dans le voisinage de l'obligation de neutralité, certains auteurs américains suggèrent d'imposer une obligation d'objectivité et d'exactitude aux moteurs de recherche[1626]. Selon eux, le caractère non discriminatoire et non biaisé du référencement ne découlerait pas d'une stricte égalité de traitement entre les contenus liés ce qui, nous l'avons vu, n'a pas de sens. Ce caractère résiderait, en revanche, dans la capacité du référencement à fournir une représentation objective des contenus du web[1627]. La métaphore de la carte géographique est utilisée pour illustrer cette approche[1628] : l'activité des moteurs de recherche consiste à cartographier le web. Or une bonne carte ne devrait pas indiquer qu'il existe un pont ou un village à tel endroit lorsque ce n'est pas le cas en réalité. Cette approche n'a, à notre connaissance, que peu prospéré. Reprocher aux activités d'ordonnancement de liens, des moteurs de recherche par exemple, de fournir une représentation faussée des contenus du web n'a de sens que s'il est possible d'opposer une représentation bonne ou juste[1629]. Comme l'explique Dominique Cardon, une telle représentation est possible dans le cadre de la statistique de la représentativité, qui échantillonne sa population et donne un poids identique aux actions de chacun. Dans ce cas, en effet, le poids d'un contenu, qui peut traduire sa qualité, est objectivement mesurable. Lorsque les liens ordonnancés sont le fruit d'un processus plus complexe qu'une simple sommation, comme l'était le *PageRank* des débuts de *Google*[1630],

---

[1624] Rapport du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, préc., p. 222.

[1625] V. également, Manara C., La « search neutrality » mythe ou réalité ? Concurrence, n°1, 2011, p. 52, spéc., p. 54.

[1626] Sur ce point, v. Grimmelman J., The structure of search engine law, Iowa Law Review, Vol. 93, n° 1, 2007 p. 1.

[1627] *Ibid*., spéc., p. 59 et s.

[1628] V. notamment, Bracha O., Pasquale F., Federal Search Commission – Access, fairness and accountability in the law of search, Cornell Law Review, Vol. 93, Issue 6, 2008, note 238.

[1629] Cardon D., À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data, 2015, Seuil, coll. La République des idées, 112 p., p. 80.

[1630] À ces débuts, le moteur de recherche Google fonctionnait quasi exclusivement sur la base de la méthode du PageRank. Les sites les mieux référencés étaient ceux qui recevaient le plus de liens en provenance d'autres sites, qui recevaient eux mêmes le plus de liens d'autres sites. Le postulat de départ du *PageRank* est qu'un hyperlien vers un site traduit l'autorité de ce site et donc son importance. Dans le cadre du *PageRank*, il est relativement aisé de mesurer l'objectivité du référencement puisque ce dernier est « mesurable » : il correspond à un nombre de liens entrant et sortant d'un site.

il n'existe pas de représentation « neutre » à partir de laquelle il serait possible d'identifier des biais[1631]. C'est également le cas des résultats produits aujourd'hui par les moteurs de recherche qui ordonnancent des liens à partir de règles et de paramètres nombreux et sophistiqués[1632]. Théoriquement, le principe d'un ordonnancement non discriminatoire ou non biaisé des liens est donc vain.

La protection de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs dans le contexte de l'ordonnancement des liens doit donc relever d'une approche différente. Une obligation de transparence, parfois envisagée en termes de loyauté, pourrait à cet égard s'avérer satisfaisante.

§ 2. - La perspective cohérente d'une obligation de transparence dans l'ordonnancement des liens

857. À défaut de pouvoir imposer une obligation de neutralité aux plateformes, en particulier à celles qui ordonnancent des liens, certains auteurs ont proposé de lui substituer des obligations de transparence. Ce type d'obligation possède en effet un intérêt certain au regard de la défense de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs (A). Si la protection de ces libertés peut justifier la mise en place de pareilles obligations, il reste encore à garantir qu'elles sont compatibles avec l'activité d'ordonnancement des liens. Au vu de ce que pourrait être le contenu de cette obligation, tel nous semble être le cas (B).

A. L'intérêt de l'obligation de transparence au regard de la protection de la liberté d'expression et d'information

858. Le juriste américain James Grimmelman est l'un des premiers à avoir plaider en faveur d'une obligation de transparence des moteurs de recherche[1633]. Selon lui, si la neutralité des moteurs de recherche n'est pas admissible, le choix étant constitutif de l'activité de ces derniers, ils ne sauraient non plus bénéficier d'une liberté éditoriale de même nature que les sites référencés[1634]. La protection de la liberté d'information des utilisateurs des moteurs de recherche impose effectivement de reconnaître que ces derniers jouent un rôle de conseiller : les liens ordonnancés renferment une suggestion des contenus que

---

1631 *Ibid*., p. 81.

1632 *Ibid*.

1633 Pour une analyse pionnière en la matière, v. Grimmelman J., Speech engines, Minnesota Law Review, n°98, 2013, p. 885 ; V. également Conseil national du numérique. Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique, 2015.

1634 *Ibid*., spéc., p. 893 et s.

les utilisateurs devraient consulter[1635]. Dès lors, en tant que conseiller, le moteur de recherche devrait satisfaire à des exigences d'utilité et loyauté. Dans cette optique, il devrait fournir des hyperliens en adéquation avec l'intérêt de l'utilisateur, à l'exclusion de toute autre considération, comme par exemple défavoriser un concurrent ou rétrograder certains contenus pour des raisons politiques ou idéologiques[1636]. Autrement dit, le devoir de loyauté « *interroge l'alignement, ou le désalignement, entre le service que la plateforme prétend rendre et la réalité de ce qu'elle offre* »[1637].

859. Au sein des États membres, la France a consacré un principe général de loyauté, qui couvre notamment l'activité de moteur de recherche. L'article 49 de la *Loi pour une République numérique* créée, à l'article L. 111-7 du code de la consommation une obligation « *d'information loyale, claire et transparente* » à l'endroit des plateformes[1638]. Cette consécration soulève, par ailleurs, l'intérêt d'une harmonisation européenne dans ce domaine. La multiplication d'initiatives nationales, à l'instar de celle de la France, entraînerait en effet un risque de morcellement du marché unique numérique.

860. En droit de l'UE, cette approche nous semble pouvoir être étendue à l'ensemble des activités qui impliquent d'indexer des informations puis de les mettre à disposition des utilisateurs sous forme de liens. Les médias sociaux et certains agrégateurs de contenus devraient donc être concernés. Ce devoir de loyauté implique que ces plateformes soient transparentes eu égard aux conditions d'ordonnancement des liens. La connaissance des principaux critères et des priorités qui président à l'ordonnancement des liens est effectivement l'unique moyen de vérifier que le service est rendu dans l'intérêt des utilisateurs. James Grimmelman relève également que la transparence a pour avantage de permettre aux utilisateurs de mieux comprendre ce qu'ils obtiennent d'un moteur de recherche et comment l'utiliser efficacement[1639]. Telle est d'ailleurs la méthode retenue par la France dans le cadre la *Loi pour une République numérique*, le principe de loyauté des plateformes se déclinant en une série d'obligations de transparence[1640]. Les moteurs de recherche, les médias sociaux et les agrégateurs de contenus sont, en particulier, tenus de délivrer une information claire quant aux conditions générales d'utilisation du service, quant aux modalités des

---

1635 *Ibid*., p. 895.

1636 Comme par exemple un article de presse qui critiquerait l'hégémonie de Google ou l'incapacité de tel ou tel autre moteur de recherche à proposer des résultats satisfaisants etc.

1637 Cardon D., À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data, *op. cit*., p. 82.

1638 Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

1639 Grimmelman J., Speech engines, préc., p. 905.

1640 Cette loi a ainsi pu être qualifiée de « loi de transparence », Peri M., L'opérateur de plateforme en ligne dans la loi pour une république numérique : approche(s) sectorielle(s) ou approche transversale ? Approche préventive ou approche curative ? *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p.100.

référencements de classement et de déréférencement du contenu lié et quant à l'existence d'une relation contractuelle ou capitalistique susceptible d'influencer le référencement d'un contenu lié[1641].

861. De ce point de vue, une obligation de transparence explicative des conditions d'ordonnancement offrirait des garanties certaines aux utilisateurs en ce qui concerne à l'exercice de leur liberté d'information[1642]. Elle viendrait en effet protéger leur capacité à trouver des informations à l'aide des moteurs de recherche et des médias sociaux sur un réseau caractérisé par la disponibilité d'immense quantité d'information. La CJUE a, d'ailleurs, souligné cette dimension de la liberté d'expression et d'information dans l'arrêt *Google Spain*[1643]. Indirectement, cette obligation aurait également un effet positif sur la protection de la liberté d'expression des auteurs des contenus liés. En ayant connaissance des grands paramètres et des priorités déterminant l'ordonnancement des liens, les fournisseurs de contenus pourraient mieux vérifier la légitimité d'une éventuelle rétrogradation, voire d'un éventuel déréférencement. Ils pourraient par exemple s'assurer que de telles pratiques ne sont pas au service d'intérêts cachés ou de quelques favoritismes. Des obligations de transparence apporteraient ainsi plus de garanties quant aux conditions dans lesquelles les auteurs des contenus liés peuvent atteindre leur audience. La protection de leur liberté d'expression s'en trouverait ainsi renforcée.

L'intérêt d'imposer une obligation de transparence aux activités d'ordonnancement des liens est par conséquent démontré. Il reste alors à envisager quel pourrait en être le contenu et comment cette obligation peut être mise en œuvre de manière cohérente.

B. Le contenu de l'obligation de transparence à l'aune de l'exigence de cohérence

862. En premier lieu, il convient d'observer qu'il n'y aurait rien d'incohérent à imposer des obligations de transparence aux services d'ordonnancement des liens afin de préserver les droits fondamentaux des utilisateurs. La notion d'obligation de transparence est connue du droit de l'Union européenne, en particulier dans le secteur d'Internet. Elle est tout d'abord l'un des principes cardinaux du droit européen de la protection des données personnelles. L'article 5 du règlement général sur la protection des données

---

[1641] Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, article 49.

[1642] Rappr. Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux, *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? *op. cit.*, p. 81 et s.

[1643] V. *supra*, n°793 et s.

impose ainsi au responsable de traitement de respecter un principe de loyauté et de transparence[1644]. Le principe de transparence y est défini comme l'exigence que « *toute information et communication relatives au traitement de ces données à caractère personnel soient aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples* »[1645]. Cette obligation de transparence est donc délimitée en droit de l'Union à partir du triptyque « accessibilité, compréhensibilité, clarté » : elle impose de rendre facilement accessible, compréhensible et claire une information considérée comme essentielle par le droit. Le principe de neutralité d'Internet, tel que consacré par le règlement (UE) 2015/20120[1646] contient lui aussi des indications précieuses sur l'acception européenne de la notion de transparence en matière d'Internet. L'article 4 du règlement précité impose effectivement aux FAI de fournir des indications claires et compréhensibles sur la manière dont la gestion du trafic peut affecter l'accès à Internet des utilisateurs finaux ainsi que sur la qualité de l'accès à Internet. Des voies de recours et de réclamation sont en outre prévues en cas de non respect des obligations de transparence précitées - la protection de la neutralité d'Internet et la régulation de l'ordonnancement des liens présentant des enjeux voisins en matière de liberté d'expression et d'information. Il nous semble qu'à cet égard le règlement (UE) 2015/20120 est une source d'inspiration évidente pour définir le cadre des obligations de transparence qu'il serait possible d'imposer aux services d'ordonnancement de liens.

863. En second lieu, le droit de l'UE contient déjà - et devrait intégrer[1647] - des obligations de transparence spécifiques aux activités d'ordonnancement des liens. En effet, comme nous l'avions constaté, la transparence est au cœur des initiatives de la Commission européenne en matière de régulation des plateformes. La recommandation de la Commission européenne sur la lutte contre les contenus illicites en ligne impose ainsi aux plateformes de fournir des « *explications claires, aisément compréhensibles et suffisamment détaillées* » au sujet de leur politique de déréférencement des contenus[1648]. Les plateformes sont, en outre, encouragées à publier des rapports de transparence sur les conditions de mise en œuvre de leur politique de déréférencement. Les activités d'ordonnancement de liens des moteurs de recherche ou des médias sociaux semblent particulièrement concernées par ces prescriptions. Les règles européennes relatives aux pratiques commerciales déloyales imposent également une obligation de transparence aux

---

[1644] Règlement (UE) 2017/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L. 119 du 04/05/2016, p. 1.

[1645] *Ibid*., considérant 39.

[1646] Règlement (UE) 2015/20120, préc.

[1647] V. en particulier, Règlement (UE) 2017/679, préc.

[1648] Commission européenne, Recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C (2018) 1177 Final, 01/03/2018, point 18.

moteurs de recherche. Elle leur demande de distinguer clairement entre les liens naturels et les liens commerciaux[1649]. Il faut, par ailleurs, noter que la proposition de règlement sur la transparence et l'équité pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne contient les dispositions les plus développées en matière de transparence, relativement à l'ordonnancement des liens. Son article 5 prévoit que les fournisseurs de moteurs de recherche garantissent aux entités ayant recours à un site web d'entreprise une compréhension pour déterminer comment et dans quelle mesure, le mécanisme de classement tient compte des éléments suivants :

« *(d) les caractéristiques des biens et des services proposés aux consommateurs au travers des services d'intermédiation en ligne ou des moteurs de recherche en ligne ;*

(e) la pertinence de ces caractéristiques pour ces consommateurs ;

(f) en ce qui concerne les moteurs de recherche en ligne, les caractéristiques de conception du site web utilisé par les entités ayant recours à un site web d'entreprise »[1650].

864. Ce type d'obligation a donc pour objectif d'assurer que le service d'ordonnancement de liens opère dans l'intérêt de l'utilisateur. Nous avions cependant constaté que ces obligations étaient limitées quant à leur portée. Par exemple, l'obligation de transparence imposée par l'article 5 précité aurait uniquement pour vocation d'indiquer l'impact des caractéristiques des biens et des services sur le classement des entreprises qui les proposent. Une large partie des contenus est par conséquent laissée de côté, au détriment de la protection de la liberté d'expression et d'information.

865. Afin de remédier à cette limite, il conviendrait alors simplement d'étendre la portée de l'obligation de transparence à l'ensemble des contenus, sans référence au caractère économique du contenu ou à la qualité de consommateur de l'utilisateur. Il pourrait être prévu une obligation qui impose à tout service d'ordonnancement de liens, à l'instar des moteurs de recherche ou des médias sociaux, d'indiquer : « *les principaux paramètres et priorités qui déterminent le classement des contenus, en fournissant une description facilement et publiquement accessible, énoncée dans une formulation claire et non ambiguë* ».

866. Il pourrait, par exemple, être précisé que ces indications doivent permettre de comprendre dans quelle mesure le classement tient compte : « *de la nature des contenus liés* » (texte, vidéo, caractère

---

[1649] V. *supra*, n°804 et s.

[1650] Commission européenne, Proposition de règlement au Parlement et au Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM (2018) 238 Final, 26/04/2018.

commercial etc.) ; « *des caractéristiques des contenus liés* » (le volume, la date, l'auteur etc.) ; éventuellement « *de l'impact du profil personnel et des habitudes de l'utilisateur* ».

867. Ce dernier type d'information permettrait à l'utilisateur de mieux comprendre en quoi, et dans quelles mesures, les habitudes d'utilisation ont une influence sur les informations qui lui sont présentés par les moteurs de recherche et les réseaux sociaux. Le fait de responsabiliser les utilisateurs par rapport à ce phénomène viserait alors à promouvoir la diversité des informations accessibles et diffusées[1651]. À notre estime, cet objectif s'insérerait ainsi pleinement dans la protection de la liberté d'expression et d'information au regard de la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens[1652].

868. Ce type d'obligations de transparence, relatif à la protection de la liberté d'expression et d'information, favoriserait une appréhension juridique globale de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens. Elle permettrait, en effet, l'exercice d'un contrôle précis sur les conditions dans lesquelles les liens sont amenés à définir l'accessibilité et la visibilité de l'information présente sur Internet. La souplesse de la méthode nous semble également tenir suffisamment compte de l'innovation et du développement des services concernés, conformément aux orientations politiques affichées par la Commission européenne[1653]. L'effectivité de telles obligations nous paraît cependant dépendre de la mise en place de mécanismes de contrôle et de surveillance, à l'instar des obligations relatives à la neutralité d'Internet. À cet égard, il pourrait être prévu des procédures de réclamation dès lors que l'ordonnancement des liens n'apparaîtrait pas conforme aux paramètres ou aux priorités affichés par le service concerné. Cette tâche serait alors confiée à des tiers ou « signaleurs de confiance », disposant d'une expertise et de responsabilité suffisante, compte tenu de la complexité technique de la matière, cette méthode ayant déjà été retennue par la Commission européenne en matière de lutte contre les contenus illicites[1654]. La surveillance et l'exécution de ces obligations pourraient être laissées directement à la Commission européenne, à défaut d'autorité de régulation compétente en la matière.

1651 En ce sens, Grimmelman J., Speech engines, préc.

1652 Cet enjeu, concernant l'autonomie des utilisateurs d'internet, s'inscrit plus largement dans le débat relatif à « la gouvernementalité algorithmique » : V. Rouvroy A., Berns T., Gouvernementalité algorithmique et perspective d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation, Réseaux, Vol. 177, n°1, 2013, p.163. Cet enjeu dépasse à ce titre l'ambition de cette thèse, qui ne porte que sur l'appréhension juridique de l'hyperlien, du point de la technique et des usages.

1653 V. en particulier, Commission européenne, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM (2016) 288 final, 25/05/2016.

1654 Commission européenne, Recommandation (UE) 2018/334 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, JOUE L 63, p. 53,

Conclusion de la section 2

869. Cette dernière section nous a permis d'envisager, de *lege ferenda*, le type de règles qui permettraient de protéger la liberté d'expression et d'information dans le cadre de l'ordonnancement des liens. Il s'agit ainsi d'éviter que certaines manipulations et discriminations pratiquées par les services d'ordonnancement de liens – les moteurs de recherche et les médias sociaux - ne nuisent à l'exercice de ces libertés. Dans cette perspective, nous nous sommes d'abord interrogés sur la possibilité d'étendre le principe de neutralité d'Internet aux activités d'ordonnancement de liens. Le principe de neutralité est, en effet, un principe de régulation des flux informationnels circulant sur Internet et dont la finalité est de garantir aux utilisateurs le droit d'accéder et de diffuser les contenus de leur choix. Le principe de neutralité d'Internet impliquant cependant une obligation de non discrimination, il n'est pas compatible avec l'activité d'ordonnancement des liens qui repose sur le classement et la priorisation des contenus. Par ailleurs, ce principe ne peut pas non plus se rapporter à une exigence d'objectivité de l'ordonnancement des liens. Afin de surmonter cette difficulté, certains auteurs ont proposé de soumettre les plateformes en ligne à un devoir de loyauté. Ce devoir de loyauté doit alors nécessairement se décliner en une obligation de transparence : celle-ci implique que le service d'ordonnancement de liens indique, de manière claire et aisément compréhensible, les principaux paramètres et priorités qui déterminent l'ordonnancement des liens. De la sorte, les utilisateurs et indirectement les fournisseurs de contenus, sont en mesure d'évaluer si le service favorise effectivement l'accès et la visibilité de l'information. Cette obligation nous semble constituer une piste satisfaisante et cohérente pour protéger la liberté d'expression et d'information au regard de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens.

Conclusion du chapitre 2

870. Comment penser les moyens d'une régulation transversale de l'activité d'ordonnancement de liens ? Comment réguler de manière globale l'influence de l'ordonnancement des liens sur la visibilité et l'accessibilité des contenus d'Internet ? Le droit de la concurrence apparaît comme le moyen privilégié par la Commission européenne dans le contexte plus général de la régulation des plateformes. Il est vrai que les articles 101 et 102 du TFUE peuvent servir à appréhender certaines des discriminations qui pourraient survenir dans le cadre de l'ordonnancement des liens. L'affaire *Google Search (Shopping)* en est un exemple emblématique. Toutefois, pour des raisons tenant tant à la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens qu'aux caractéristiques du droit de la concurrence, ce droit constitue un instrument limité dans l'optique d'une telle régulation. Il n'offre pas de garanties suffisantes en ce qui concerne la protection de la liberté d'expression et d'information. Ce constat est logique puisque cette protection ne relève en rien de sa fonction première : assurer le bon fonctionnement du marché. Une régulation transversale cohérente et complète de l'activité d'ordonnancement des liens impose donc d'envisager des moyens permettant directement la protection de la liberté d'expression et d'information. À cet égard, nous avons plaidé, dans la lignée de certaines propositions doctrinales, pour la mise en place d'obligations de transparence dans l'ordonnancement des liens. Ces obligations viseraient à garantir que le service rendu par les ordonnanceurs de liens l'est dans l'intérêt des utilisateurs finaux, à l'exclusion de toute manipulation ou déformation de l'information que véhiculent les liens. Ces obligations permettraient de protéger la liberté d'information des utilisateurs finaux et indirectement la liberté d'expression des fournisseurs de contenus. Dans la pratique, elles auraient vocation à être imposées aux moteurs de recherche, aux médias sociaux et à certains agrégateurs de contenus dans le cadre plus général de la régulation des plateformes.

Conclusion du titre 2

871. L'activité d'ordonnancement tend désormais à être une composante spécifique de l'appréhension européenne de l'hyperlien. L'arrêt *Google Spain*, en matière de droit au déréférencement des données personnelles, a été le point de départ de ce nouveau paradigme. La Cour y a mis en évidence la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens : elle offre un profil de l'information présente sur Internet, sur la base duquel les internautes pourront s'orienter. Cette activité contribue ainsi à définir quels contenus peuvent être accessibles et visibles sur Internet. Elle a de ce fait le pouvoir d'affecter tant l'accès à la culture que la participation des citoyens à la vie démocratique. Cette spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens est de plus en plus prise en compte par la Commission européenne dans le cadre de la régulation des plateformes : plusieurs propositions législatives ont pour ambition d'imposer des obligations de transparence aux plateformes, dont certaines concernent les conditions d'ordonnancement des liens. Ces initiatives sont toutefois ciblées et leur portée est limitée : elles ont avant tout une finalité économique et cherchent à assurer le bon fonctionnement du marché et le bien-être du consommateur. Les enjeux sont pourtant transversaux et concernent plus largement les conditions d'accès et de diffusion de l'information sur Internet, conditions que l'ordonnancement des liens contribue à définir. À cet égard, une appréhension cohérente de l'hyperlien en droit de l'Union européenne imposerait une régulation transversale de l'activité d'ordonnancement des liens. Cette régulation devrait reposer à la fois sur le droit de la concurrence et, au regard des limites de ce dernier, sur des obligations visant à protéger la liberté d'expression et d'information. La mise en place de l'obligation de transparence, spécialement destinée à garantir cette protection, nous semble constituer une voie satisfaisante et cohérente. Cette obligation pourrait parfaitement s'intégrer au sein d'une initiative plus large en matière de régulation des plateformes.

Conclusion de la partie 2

872. Au sein de cette seconde partie, nous nous sommes attachés à déterminer comment le droit de l'Union européenne appréhendait les risques juridiques découlant de la diffusion d'information du fait de lien et leur articulation avec la liberté de lier. Dans cette perspective, nous avons montré que le droit de l'UE a vocation à encadrer la diffusion d'information du fait de l'hyperlien de manière différenciée.

873. L'appréhension juridique de la diffusion d'information du fait du lien peut en premier lieu être pensée à l'aune de la responsabilité du fournisseur de liens du fait de l'illicéité du contenu lié. Nous avons établi que, malgré l'absence de règles spécifiques encadrant cette responsabilité, le régime de responsabilité limitée des prestataires intermédiaires de la directive 2000/31/CE pouvait être étendu aux fournisseurs automatiques de liens répondant à l'exigence de neutralité posée par la directive précitée. Cette extension est la conséquence de l'arrêt *Google AdWords* de la CJUE[1655]. Dans cet arrêt la CJUE a admis qu'un moteur de recherche pouvait bénéficier du régime de responsabilité limitée des hébergeurs pour son service de liens sponsorisés à la condition que cette activité soit neutre. Elle doit pour cela revêtir un caractère automatique, technique et passif impliquant qu'il n'ait pas la connaissance ou le contrôle des données stockées. Ce régime de responsabilité, auquel peuvent prétendre les réseaux sociaux, certains agrégateurs de contenus etles moteurs de recherches, est compatible avec liberté de lier, tant du point de vue des créateurs de liens que des utilisateurs. Ce régime n'implique, en effet, aucun filtrage, *a priori* et généralisé, des liens présentés aux utilisateurs finaux. Par nature, les créateurs manuels de liens sont, en revanche, exclus du champ d'application de ce régime de responsabilité puisque ce dernier est réservé aux intermédiaires dont l'activité présente un caractère automatique.

874. Au plan conceptuel, nous avons mis en évidence que l'application aux créateurs automatiques de liens du régime de responsabilité limitée repose sur l'idée que l'hyperlien assume une fonction d'intermédiation indispensable à la circulation de l'information. Cette fonction d'intermédiation entre deux contenus explique, du point de vue du droit de l'UE, que les créateurs automatiques de liens soient assujettis à un régime de responsabilité du fait du contenu pointé, favorable à la liberté de lier. Dès lors, à titre prospectif, rien n'empêche de concevoir la création d'un régime de responsabilité limitée spécifique aux créateurs de liens, tant automatiques que manuels. Cela aurait pour effet de clarifier et de sécuriser la

[1655] CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417.

responsabilité des créateurs de liens du fait de l'illicéité des contenus liés à l'échelle de l'Union européenne[1656] et, ainsi, de mieux délimiter les contours de la liberté de lier.

875. En second lieu, le droit de l'UE à appréhender progressivement certains usages de l'hyperlien de manière autonome, sans référence au contenu lié. Tel est le cas des liens agrégés ou ordonnancés, en particulier par les moteurs de recherche. L'ordonnancement de liens, que l'on peut définir comme le fait d'indexer des informations, lesquelles seront pointées par des hyperliens mis à disposition des internautes selon un ordre de préférence donnée[1657], conduit à établir un profil de l'information présente sur le web. Dans ce contexte, le lien n'est plus neutre, comme lorsqu'il est envisagé dans sa fonction d'intermédiation, mais offre un service additionnel[1658] : il délimite l'espace du visible et, ainsi, de l'accessible sur Internet. Cette caractéristique de l'ordonnancement des liens a été consacrée juridiquement par la CJUE dans l'arrêt *Google Spain*, en 2014, afin de fonder un droit au déréférencement des données personnelles. En instaurant un droit au déréférencement au profit du justiciable, non pas en raison de la nature du contenu lié, mais directement en raison des liens ordonnancés, la CJUE a appréhendé spécifiquement cette activité. Depuis lors, différentes initiatives au sein de l'UE, qui concernent plus largement la régulation des plateformes numériques[1659], visent également à encadrer les conditions dans lesquelles les liens sont ordonnancés. Il s'agit, en substance, de permettre aux éditeurs de contenus et aux utilisateurs finaux de bénéficier d'une information transparente quant aux conditions de référencement des contenus.

876. Du point de vue de la liberté de lier, la régulation spécifique portant sur l'ordonnancement des liens représente incontestablement une contrainte pour les créateurs automatiques de liens concernés, essentiellement les moteurs de recherche et les réseaux sociaux. S'agissant des fournisseurs de contenus et des utilisateurs finaux, il nous semble que cette régulation naissante est compatible avec la liberté de lier considérée au regard de sa finalité : faciliter l'exercice de la liberté d'expression et d'information en ligne. Il s'agit, en effet, d'éviter que les conditions d'ordonnancement des liens ne soient guidées par des intérêts cachés ou du favoritisme, essentiellement par le biais d'obligations de transparence. Ce type d'obligations permettrait de vérifier que le service rendu ne le soit pas au détriment des éditeurs de contenus et des utilisateurs finaux. Toutefois, à ce jour, la régulation prend une tournure essentiellement économique et sectorielle qui n'est ni satisfaisante, ni cohérente du point de vue la liberté de lier. La protection de la liberté

[1656] Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, Markt/2006/09/E, 2007.

[1657] CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général, point 21.

[1658] Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome, Rec. Dalloz, 2014, p. 1476, n°10.

d'expression et d'information, que la liberté de lier a pour finalité de promouvoir, est exclue des initiatives de la Commission européenne. Afin de remédier à cette lacune nous avons envisagé, de *lege ferenda*, la création d'une obligation générale de transparence dans l'ordonnancement des liens. L'objectif d'une telle obligation est de protéger la liberté d'expression et d'information des utilisateurs de liens. Il nous semble qu'une appréhension juridique cohérente de la diffusion d'information du fait du lien est à ce prix.

CONCLUSION GÉNÉRALE

877. Cette thèse s'est fixée pour ambition de déterminer si le droit de l'Union européenne pouvait parvenir à appréhender l'hyperlien dans sa diversité, tant du point de vue technique que des usages. Face à l'absence de définition juridique de l'hyperlien, cette appréhension juridique ne pouvait qu'être tributaire des défis adressés par l'hyperlien au droit de l'UE. À cet égard, l'enjeu de la liberté de lier est apparu comme une évidence puisque le web s'est constitué autour de celle-ci. Liberté pour les uns, l'hyperlien constitue également une menace pour les autres : l'hyperlien peut, en effet, être un moyen d'appropriation de contenus protégés par la propriété intellectuelle ainsi qu'un vecteur de diffusion de contenus illicites ou préjudiciables. La question est alors de savoir dans quelle mesure le droit de l'UE doit réguler ces usages décriés de l'hyperlien, au risque de contrarier la liberté de lier. L'activité des moteurs de recherche permet d'illustrer cette problématique : si les hyperliens fournis par les moteurs s'avèrent indispensables pour accéder à l'information en ligne, il est par ailleurs établi que ces mêmes liens sont au cœur d'un modèle économique reposant sur l'utilisation de contenus tiers et tirant profit du référencement de contenus illicites[1660]. Au regard de ces enjeux, nous avons émis l'hypothèse que l'appréhension de l'hyperlien par le droit de l'UE devait se donner pour objectif de structurer les rapports entre, d'une part, la liberté de lier et les enjeux relatifs à l'appropriation et la diffusion des contenus du fait de l'hyperlien, d'autre part. Il convenait, en outre, d'évaluer la cohérence de cette appréhension puisque l'hyperlien est susceptible de se voir appliquer des régimes juridiques hétérogènes.

878. Cette problématique posée, nous nous sommes appliqués à démontrer que le droit de l'Union européenne peut être interprété comme favorisant une certaine forme de liberté de lier, tout en souffrant de lacunes quant à la délimitation cohérente de cette dernière.

879. La liberté de lier se conçoit, d'abord, par rapport au droit européen de la propriété intellectuelle et il s'agissait pour nous de répondre à la question de savoir si la pose d'un lien relevait d'un usage pouvant être interdit au titre du droit des marques ou d'un droit de la propriété littéraire et artistique. Au plan politique et économique, cette question est capitale : à la liberté de lier, il est opposé le fait que l'hyperlien permettrait à certains services en ligne, comme les moteurs de recherche ou les fermes de liens illicites, de capter la valeur générée par des contenus protégés par la propriété intellectuelle. Tel était, au fond, l'enjeu des arrêts de la CJUE qui ont structuré la première partie de notre étude. L'adoption d'un droit voisin des éditeurs de presse au sein de la directive DAMUN, que nous avons amplement discutée, s'inscrit également dans ce cadre. Pourtant, malgré la pression exercée par le droit de la propriété intellectuelle sur

[1660] HADOPI, L'écosystème illicite des biens culturels dématérialisés, 2019.

l'hyperlien, nous avons établi que, en principe, la pose d'un lien échappe à « *la sphère d'influence* »[1661] du droit exclusif, qu'il s'agisse du droit de marque, du droit d'auteur ou du droit du fabricant de bases de données. De manière générale, l'assentiment du titulaire de droits n'est pas requis par le droit de l'UE, préalablement à la création d'un hyperlien. Cela vaut tant pour les actes préparatoires propres aux liens fournis par les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les agrégateurs d'information, que pour l'acte d'affichage de l'hyperlien, opération que tout lieur est amené à réaliser. Par exception, les usages de l'hyperlien les plus parasitaires pourront être sanctionnés : sera notamment qualifié de contrefaçon le lien qui, dans le cadre d'un usage commercial, reproduit une marque protégée et, dans le même temps, porte atteinte à sa fonction d'identification. L'hypothèse est néanmoins restreinte dans la mesure où, le plus souvent, l'utilisation d'une marque lors de la pose d'un lien aura une vocation informative. En matière de droit d'auteur, seul le lieur qui pointe vers une œuvre illicite, en connaissance de cause - ce qui sera rarement le cas - ou qui contourne des restrictions d'accès à cette œuvre, verra cet acte qualifié de communication au public. Dans tous les autres cas, la pose d'un lien vers une œuvre ne requiert aucune autorisation. L'interdiction de poser un lien au titre du droit d'auteur relève donc de l'exception. Tels sont les enseignements d'une série d'arrêts, dont les plus marquants sont les arrêts *Google AdWords*[1662], *Svensson*[1663], *GS Media*[1664], au cours desquels la CJUE a eu l'occasion de qualifier les différentes techniques de liaison et certains usages de l'hyperlien au regard du droit de la propriété intellectuelle.

880. Par ailleurs, au sein de l'écosystème de l'hyperlien, l'étendue de la liberté de lier des services de création automatique de liens - les moteurs de recherche, les agrégateurs d'information ou les réseaux sociaux - demeure incertaine. Non que leur liberté de lier *stricto sensu* puisse être remise en cause, mais le statut des extraits - ou *snippet* -, accompagnant les liens, et qui sont indispensables à leur usage, reste précaire. Lorsque ces reprises partielles concernent un contenu protégé, il n'est pas assuré qu'elles puissent bénéficier d'une exception au droit d'auteur. Dans les faits, cette zone grise profite largement aux opérateurs de référencement au regard des obstacles que les titulaires de droits rencontrent lorsqu'ils cherchent mobiliser le droit d'auteur. En réponse à ces difficultés, le référencement de contenus de presse devrait prochainement être soumis à un droit voisin des éditeurs de presse prévu par la directive DAMUN, récemment adoptée. Avec ce nouveau droit voisin, l'acte de référencement, dont l'hyperlien est l'ultime étape, pourrait dans la pratique être soumis à autorisation dès qu'il est associé à de courts extraits de

---

1661 Clavier J-P., L'usage en ligne d'un signe distinctif : aspects de propriété intellectuelle, Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 56.

1662 CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417.

1663 CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson e. a,* Rec. général.

1664 CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media*, Rec. général.

contenus de presse. Toutefois, nous avons soutenu qu'une telle limite à la liberté de lier pouvait se justifier en raison du fait qu'un ensemble de liens agrégés peut délivrer un condensé des contenus liés et, ainsi, se substituer à ces derniers auprès des utilisateurs finaux.

881. La protection de l'hyperlien par le droit de la propriété littéraire et artistique, elle, ne remet pas en cause la liberté de lier, malgré le caractère de plus en plus sophistiqué des techniques de créations de liens. L'étendue de cette protection est en effet mince : elle concerne essentiellement les liens agrégés au sein d'une base de données protégée par le droit *sui generis*, conformément à la directive 96/9/CE. En outre, la mise en jeu du droit *sui generis* sera rare : au regard de l'arrêt *Innoweb*[1665], seuls les métamoteurs de recherche dédiés peuvent de ce fait être concernés.

882. À notre sens, la liberté de lier se déduit donc du statut de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle puisque généralement, la pose d'un lien n'est pas soumise à un régime d'autorisation au titre d'un droit exclusif. L'intérêt des titulaires de droits ne se trouve pas pour autant nié : un retour du droit exclusif est constaté dans les cas les plus manifestes d'appropriation de la valeur d'un contenu protégé par l'hyperlien.

883. La suite de notre analyse a montré que cette liberté de lier était encadrée de manière différenciée quant à la diffusion d'information du fait du lien. S'agissant de la responsabilité du fait du contenu lié, nous avons établi qu'elle était compatible avec la liberté de lier. Alors que le droit de l'UE ne prévoit aucun régime de responsabilité spécifique à la création de liens, l'arrêt *Google AdWords* a étendu aux créateurs automatiques de liens le régime de responsabilité limitée des prestataires intermédiaires, prévu par la directive 2000/31/CE. Cette extension est fondée sur le fait que les créateurs automatiques de liens sont en principe neutres eu égard aux contenus liés et que, de ce fait, ils ne peuvent pas avoir connaissance de l'illicéité desdits contenus. Pour l'essentiel, ce régime permet de garantir que les déréférencements des contenus liés illicites ne s'opposent pas à l'exercice de la liberté d'expression et d'information. À titre d'illustration, le déréférencement et, *a fortiori*, le non référencement des contenus illicites, doivent être ciblés et curatifs afin de limiter le risque de déréférencement d'un contenu licite. Par extension, ce régime de responsabilité s'avère par ailleurs en adéquation avec la liberté de lier dont la fonction est de favoriser l'exercice des deux libertés précitées. Il nous faut toutefois souligner que ce régime de responsabilité ne saurait bénéficier aux créateurs manuels de liens puisqu'il est réservé aux prestataires dont l'activité revêt

[1665] CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb,* Rec. général.

un caractère purement technique, automatique et passif. À notre estime, il s'agit là d'une lacune évidente de l'appréhension de l'hyperlien en droit de l'UE.

884. L'application du régime de responsabilité limitée aux créateurs automatiques de liens permet d'appréhender juridiquement la fonction d'intermédiation jouée par l'hyperlien. Il révèle que, dès lors que l'hyperlien est neutre par rapport au contenu lié, la liberté de lier doit primer. En revanche, en dehors de cette neutralité, la proximité entre l'hyperlien et le contenu lié justifie la mise à l'écart du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires : en ce cas, le lieur n'est plus un intermédiaire au sens de la directive 2000/31/CE mais participe activement à la diffusion du contenu illicite.

885. Le droit de l'Union européenne tend également de plus en plus fréquemment à saisir l'hyperlien comme un vecteur d'information en tant que tel, et non plus seulement par référence au contenu lié. Cette dimension constitue l'objet de la régulation de l'ordonnancement des liens. L'acte de naissance de cette régulation est à trouver dans l'arrêt *Google Spain* de la CJUE. Par cette décision, la Cour a en effet qualifié un moteur de recherche de responsable de traitement de données à caractère personnel en raison de ce que les liens, mis à disposition par ce moteur selon un ordre de préférence donné, conduisaient à établir le profil d'une personne. La responsabilité du moteur est retenue, par conséquent, non pas directement en raison de la nature du contenu lié mais parce que les liens, par eux- mêmes, véhiculent un ensemble structuré d'informations. Ainsi, outre une fonction d'intermédiation de l'information, les hyperliens agrégés et ordonnancés possèdent une fonction autonome aux yeux du droit de l'UE : ils façonnent l'information présente sur Internet, ils en donnent un aperçu structuré et définissent ce qui doit être visible ou non. La mise au jour de cette activité singulière, par la CJUE, concerne les liens ordonnancés par les grandes plateformes en ligne, les moteurs de recherche et les réseaux sociaux.

886. Les institutions de l'UE semblent du reste avoir pleinement conscience du caractère stratégique de l'activité d'ordonnancement des liens pour la société européenne de l'information. Dans le cadre plus général de la régulation des plateformes en ligne, certains textes sont effectivement destinés à encadrer la manière dont les liens sont ordonnancés par les créateurs automatiques de liens[1666]. Certaines dispositions en cours d'adoption ont ainsi pour objectif de garantir que l'ordonnancement des liens ne nuit pas à la concurrence sur le marché unique numérique et au bien-être du consommateur. L'angle d'attaque est de

[1666] V. surtout, Commission européenne, Proposition de règlement au Parlement et au Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM (2018) 238 Final, 26/04/2018 ; Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, COM (2018) 185 Final du 11/04/2018.

ce rait essentiellement économique et néglige largement les enjeux relatifs à la liberté d'expression et d'information. Pourtant, en définissant ce qui est visible et accessible sur Internet, l'activité d'ordonnancement des liens influe grandement sur l'exercice de ce droit fondamental. Pour l'heure, la régulation de l'ordonnancement des liens nous apparaît donc inaboutie. Précisons que cette régulation ne s'oppose pas frontalement à la liberté de lier dès lors que l'objectif est de garantir que des manipulations cachées ou des favoritismes dans l'ordonnancement des liens ne nuisent à l'accès à l'information. Tout en encadrant doublement la diffusion d'information du fait du lien - par la responsabilité des prestataires intermédiaires et par la régulation de l'ordonnancement des liens - le droit de l'Union n'entre pas en contradiction avec la liberté de lier. Bien au contraire, il la favorise à maints égards.

887. Cette liberté de lier se déduit largement de la jurisprudence la CJUE qui, au fil de ses arrêts, en a directement et indirectement délimité le contour. En l'absence de règles spécifiques à l'hyperlien, la CJUE a, pour ce faire, procédé à une interprétation *« raisonnable »*[1667] du droit européen de la communication par Internet, dans le cadre d'une balance des intérêts en présence. Cette méthode d'interprétation, depuis longtemps critiquée sur le terrain de la sécurité juridique[1668], l'est tout autant sur le plan de la cohérence du droit. Dans son opération d'adaptation du droit européen à l'hyperlien, afin de préserver et d'encadrer la liberté de lier, la CJUE a pu bouleverser le sens de certaines règles de droit. Cette pratique fut manifeste dans le domaine du droit d'auteur avec la notion de communication au public ou encore en matière de responsabilité tavec l'application extensive de la qualification d'hébergeur à un moteur de recherche. Par ailleurs, la directive DAMUN rajoute au trouble : l'objectif d'un meilleur partage de la valeur en ligne, défendu par ce texte est assez mal délimité et, en conséquence, son articulation avec la liberté de lier demeure incertaine.

888. Toutefois, la question de la cohérence du droit est inséparable de la question de l'appréhension juridique de l'hyperlien : à défaut d'être cohérente, cette appréhension ne saurait être satisfaisante, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. Aussi, afin de faire face à ce problème, avons-nous suggéré, de *lege ferenda*, l'introduction de dispositions spécifiques à l'hyperlien en droit de l'UE. Pour l'essentiel, nos propositions visent à mieux délimiter le statut de l'hyperlien au regard du droit de communication au public, à restreindre l'étendue du droit voisin des éditeurs presse aux activités réellement concernées par la problématique du partage de la valeur, à créer un régime de responsabilité spécifique aux activités de création de liens et à imposer une obligation de transparence dans l'ordonnancement des liens afin de

---

[1667] Comp. Vivant M., Raison et réseaux. De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet in Savoir innover en droit. Concept, outils, systèmes. Hommage à Lucien Mehl, 1999, La documentation Française, 346 p., p. 153.

[1668] Gautier P-Y., Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, Rec. Dalloz, 2015, p. 2189.

prévenir toute atteinte au droit à la liberté d'expression et d'information. Cette mise en cohérence constitue le second apport de cette thèse et ce, à un double niveau. Premièrement, elle apporte des solutions normatives concrètes sur des points particuliers qui minent la stabilité du droit. Deuxièmement, considérée dans sa globalité, cette opération met aussi en évidence une distinction conceptuelle nécessaire à une appréhension juridique harmonieuse de l'hyperlien en droit de l'UE. En voici la substance : la liberté de lier tient à la neutralité de l'hyperlien dans son rapport au contenu lié. Énoncé de façon synthétique, l'hyperlien neutre peut être défini comme celui qui signale l'existence d'une information sans toutefois communiquer lui-même le contenu[1669]. Cela suppose également l'absence de contrôle ou d'emprise intellectuelle du fournisseur de liens sur ce contenu. Ce critère de neutralité permet alors, dans un premier temps, d'expliquer la jurisprudence libérale de la CJUE en matière d'hyperliens et, en retour, de rendre compte des limites à la liberté de lier : lorsque l'hyperlien n'est plus neutre vis-à-vis du contenu lié, le droit de l'UE régule la fourniture de liens. L'absence de neutralité de l'hyperlien permet ainsi de comprendre que le lieur qui a connaissance de l'illicéité du contenu lié soit exclu d'un régime de responsabilité limitée. Il exerce, en effet, dans ce cas, un certain contrôle sur la diffusion de ce contenu sur Internet. Il se conçoit également que les liens agrégés et ordonnancés par les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'information soient encadrés en tant qu'ils communiquent un contenu autonome. Cette encadrement prendra alors des formes diverses en fonction des enjeux soulevés (propriété intellectuelle, protection des données personnelles, protection du consommateur etc.). Nous soulignons toutefois que cette autonomie des liens ordonnancés n'exclut pas qu'ils puissent être neutres dans leur rapport aux contenus liés. La perspective est simplement différente. Par ailleurs, cette distinction fournit un outillage conceptuel intéressant afin de juguler l'emprise de certaines grandes entreprises du numérique sur l'information en ligne, tout en assurant la protection des utilisateurs des hyperliens : cette distinction permet de différencier les simples hyperliens des liens qui, agrégés par des plateformes en lignes, définissent le visible et l'invisible sur Internet. Dans quelle mesure, cependant, le droit de l'UE pourrait-il faire dans un futur proche, écho à nos propositions ?

889. L'adoption de directive DAMUN, qui vise à adapter le droit d'auteur aux évolutions technologiques, aurait pu être l'occasion d'apporter des précisions quant au statut de l'hyperlien en droit de l'UE. Les enjeux étaient néanmoins ailleurs. L'hyperlien - alors que les problématiques juridiques sont bien réelles - demeure l'un des oubliés de la réforme du droit d'auteur. Dès lors, il nous semble que seule la modification d'une autre directive, la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, pourrait permettre de doter l'hyperlien d'un statut juridique spécifique. L'actuelle Commission européenne, dont

[1669] Rappr. Crookes c. Newton, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269, point 30.

le mandat arrive à son terme en 2019, s'est interdit de rouvrir la directive sur le commerce électronique. La Commission européenne qui lui succédera pourrait prendre le chemin inverse, notamment pour parfaire la régulation des plateformes. Il s'agirait alors de profiter d'une réforme de cette directive pour créer un statut propre aux créateurs de liens, autour d'un ou plusieurs régimes de responsabilité limitée. Dans ce cadre, certaines obligations de transparence pourraient en outre être imposées aux activités d'ordonnancement de liens afin de garantir spécifiquement la protection de la liberté d'expression et d'informationf. Nous l'appelons en tout cas de nos vœux car les enjeux soulevés par l'hyperlien apparaissent trop délicats, eu égard à l'équilibre économique, social et politique de la société de l'information, pour être laissés à la seule appréciation de la CJUE[1670].

890. Au moment de conclure, nous espérons modestement que cette étude aura permis d'offrir des clés de compréhension et des pistes de réflexions sur la construction du statut de l'hyperlien en droit de l'Union européenne. Cette construction, loin d'être achevée, sera certainement amenée à évoluer au gré des arrêts de la CJUE et des initiatives présentes et futures portant sur la régulation des plateformes en ligne. Quoi qu'il advienne, il s'agira pour le droit de l'UE d'éviter de « [F]*aire peser un risque juridique trop important sur la mise en place d'un lien* »[1671]. À défaut, cela équivaudrait *« à pulvériser l'océan de l'information numérique en milliards de gouttelettes éparses. C'en serait fini du concept de « navigation » en ligne* »[1672].

[1670] Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 196 p., p. 117.

[1671] Netter E., Numérique et grandes notions de droit privé. La personne, la propriété et le contrat, 2017, Mémoire d'HDR, Université de Picardie-Jules Vernes, n°136.

[1672] *Ibid*.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires, encyclopédies et guides

B

Bensamoun A., Groffe J., Création numérique, Rep. droit civil, Dalloz, 2014.

Bernault C., JCl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc.1135. Objet du droit d'auteur. – œuvres protégées, Règles générales, 2017.

Bergé J-S, Protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle, JCl Droit International, Fasc. 572-115, 2014.

C

Canlorbe J., JCl marques, fasc. 7513, 2010.

Castets-Renard C., JCl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1840. Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur, 2016.

Clément E., Demonque C., Hansen-løve L., Kahn P., La philosophie de A à Z, 2000, Hatier, 479 p.

D

Daverat X., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1450, Droits voisins du droit d'auteur. - Dispositions communes aux artistes et interprètes et aux producteurs de phonogramme. – Licence légale et rémunération équitable, 2015.

G

Gaubiac Y., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc.1164. Objet du droit d'auteur. – œuvres protégées. Œuvres créées avec un ordinateur, 2014.

Glaize F., Nappey A., Lamy droit des médias et de la communication, étude 473 – 3, Les liens publicitaires sur Internet, Aperçu de la jurisprudence étrangère.

Gaudrat Ph., Zollinger A., Droits des auteurs. - règles générales. Droit de représentation, JCL, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1242

H

Hardouin R., Lamy droit des médias et de la communication, étude 464, la responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet.

Hardouin R., Lamy Droit des médias et de la communication, étude 472-85, La qualification de fournisseur d'accès à un service de communication au public en ligne.

L

Lucas A., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1911, Droit International. - Droit commun. - Règles de conflit de lois. Règles directement applicables, 2017.

Latreille A., Maillard T., JCl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1660, Mesures techniques de protection et d'information, 2011.

M

Macrez F., JCl Communication, Fasc. 570, Hyperliens, 2017.

Mallet-Poujol N., JCl Communication, Fasc. 6080, Protection des bases de données, 2010.

Marino L., Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement, JCL Communication, Fasc. 670, 2015.

Malaurie-Vignal M., Droit de la concurrence internet et européen, 2017, 7ème éd. Syrey Université, 386 p.

S

Sardain F., Liens Hypertextes, JCL Communication, Fasc. 4730, 2009.

T

Vivant M., Lamy droit du numérique, étude 1186, Internet, droit d'auteur et droit de représentation : questionnement sur les hyperliens.

Vivant M. Lamy Droit du numérique, étude 2068 La protection des liens hypertexte.

Vivant M., Lamy droit du numérique, étude 2317, La redécouverte de la neutralité.

Vivant M., Lamy droit du numérique, étude 2327, Et les « agents de navigation »

Ouvrages généraux, traités et manuels

A

Azéma J et Galloux J-C., Droit de la propriété industrielle, 7ème éd., 2012, Dalloz, coll. Précis, 1108 p.

B

Bruguière J-M., Desprez P., Fauchoux V., Le droit de l'Internet. Lois, contrats et usages, 2017, 6ème éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 445 p.

C

Cabrillac R (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 22ème éd., 2016, Hors collection Dalloz, Dalloz, 1057 p.

Carbonnier J. Droit civil. Vol 1., 2004, 1ère éd., coll. Quadrige, P.U.F., 1496 p.

Castets-Renard C., Droit de l'Internet : droit français et européen, 2ème éd., 2012, L.G.D.J, coll. Cours., 490 p.

D

Derieux E., Droit des médias, droit français, européen et international, 6ème éd, 2010, Lextenso éditions, L.G.D.J, 1146 p

Dérieux E. Droit européen des médias, 1ère éd., Bruylant, coll. Europe, 2017, 1034 p.

Dreyer E., Huet J., Droit de la communication numérique, 2011, LGDJ, coll. Manuel, 384 p

F

Feral-Schul C., Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2012, 6ème édition, Dalloz, coll. Praxis, 1100 p.

G

Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des biens, Tome 1, 2015, Larcier, 905 p.

Gaudrat Ph., Sardain F., Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations, Tome 2, 2015, Larcier, 711 p.

Gautier P-Y, Propriété littéraire et artistique, 10ème éd., 2017, PUF, coll. Droit fondamental, 950 p

Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet L-H., Droit des activités numériques, 2014, Dalloz, coll. Précis, 1040 p.

L

Buffelan-LanoreY., Larribau-Terneyre T., Droit civil. Les obligations., 2016, 15ème éd., Syrey, coll. Université, 1282 p

Lucas A., Lucas H-J., Lucas Schloetter A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4ème éd., 2012, LexisNexis, 1569 p.

M

Marino L., Droit de la propriété intellectuelle, 2013, P.U.F, coll. Thémis droit, 425 p.

Martucci F., Droit de l'Union européenne, 2017, 1ère éd., Dalloz, coll. HyperCours, 914 p.

Mélin-Soucramanien F., Zinamsgvarov N., Libertés fondamentales, 2ème éd., 2016, Dalloz, coll. Mementos, 246 p.

P

Passa J., Traité de droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, Dessins et modèles, Tome I, 2009, 2ème éd. LGDJ, 1146 p.

S

Sirinelli P., Propriété littéraire et artistique, 2016, 2ème éd. coll. Mémentos, Dalloz, 303 p.

Sudre F., Droit européen et international des droits de l'homme, 13ème éd., P.U.F, coll. Droit fondamental, 2016, 1005 p.

T

Terré F., Introduction générale au droit, 10ème éd. 2015, Dalloz, coll. Précis, 650 p.

V

Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2ème éd., 2012, Dalloz, coll. Précis, 1102 p.

Vivant M., Bruguière J-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2015, 3ème éd., 2015, coll. Précis, Dalloz, 1229 p.

Vogel L., Droit de la concurrence –Droit européen, 2018, Bruylant, 1061 p.

Z

Zenati F., Revet T., Les biens, 3ème éd, 2008, P.U.F, 757 p.

Ouvrages spéciaux et monographies individuelles

A

Atias C., Épistémologie juridique, 2002, Dalloz, coll. Précis, 240 p.,

B

Benabou V-L., Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire, 1997, Bruylant, 591 p.

Benabou V-L et Rochfeld J., À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique, 2015, Odile Jacob, coll. Corpus, 106 p.

Bergel J-L, Théorie générale du droit, 2012, 5ème éd. Dalloz, coll. Méthode du droit, 399 p.

Bergel J-L., Méthodologie juridique, 3ème éd. 2018, P.U.F, coll. Thémis, 469 p.

C

Carbonnier J., Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., 2001, L.G.D.J, 493 p.

Cornu G., linguistique juridique, 3ème éd., 2005, Montchrestien, 456 p.

J

Jestaz P., Les sources du droit, 2ème éd., 2015, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 198 p. 129 p.

Jestaz P., Le droit, 10ème éd., 2018, Dalloz, coll. connaissance du droit, 176 p.

L

Law and the Internet, Edwards L., Waelde C (éd)., 2009, 3ème éd., Hart Publishing, 713 p.

Lessig L., L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques, P.U.L, 2005, 414 p.

Lucas A., Devèze J., et Frayssinet J., Le droit de l'informatique, 2001, coll. Thémis, P.U.F, 748 p.

Lucas A., Droit d'auteur et numérique, 1990, éd. Litec, 355 p.

M

Curien N., Mawxell W., La neutralité d'Internet, 2011, éd. La Découvertes, coll. Repères,126 p.

N

Netter E., Numérique et grandes notions de droit privé. La personne, la propriété et le contrat, 2017, Mémoire d'HDR, Université de Picardie-Jules Vernes.

S

Strowel A., Tulkens F., Liberté d'expression et droit concurrent : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité, Anthémis, 2008, 178 p.

Strowel A., Quand Google défie le droit, plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité, 2011, Larcier, 238 p.

Contributions à des monographies collectives, mélanges et actes de colloques

A

Azzaria G., Privatisation et mondialisation de l'information du droit d'auteur : le cas Google *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p.

Azzi T., La compétence judiciaire, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 181.

B

Benabou V-L., L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union, *in* Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 33.

Benabou V-L., Référencement, recommandation, prescription et droit d'auteur in Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014,

Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p., p. 109.

Blandin A., Les entreprises souveraines de l'Internet : un défi pour le droit et pour l'Europe in Blandin A., (dir.), Droit et souveraineté numérique en Europe, 2016, Bruylant, 216p., p. 95.

C

Carbonnier J., Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., 2001, L.G.D.J, 493 p.

Chevalier J., L'ordre juridique », in Le droit en procès, PUF, 1983, 230 p.

Caron C., Exégèse de l'article L.336-2 du code la propriété intellectuelle, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 118.

Carré S., Vercken G., Google et la fortune du droit d'auteur in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 122.

Chagny M., Le référencement en ligne : aspect de concurrence, Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p.

Clavier J-P., L'usage en ligne d'un signe distinctif : aspects de propriété intellectuelle, Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p.

D

Dietz A., le droit moral de l'auteur (droit civil). Rapport général, in Le droit moral de l'auteur, Congrès d'Anvers ALAI, 1993, p. 25.

Dubuisson F., Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression, in Internet et le droit international, Acte du colloque de Rouen de la SFDI, Pedone, 2014, p. 133.

Duong L., Le pluralisme des sources du droit sur Internet *in* Boy B., Racine J-B., Sueur J-J (dir.), Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, 2011, Larcier, 526 p.

Dusollier S., L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 263.

Dusollier S., Intermédiaires et plateformes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur in Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., 165.

F

Ficsor M., Le « test en trois étapes » : pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich in Sirinelli P., Bensamoun A (dir.), Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne, 2012, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 166 p., p. 55.

G

Gutmann D., Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique., in Le droit et l'immatériel, Arch. phil. droit, 1999, tome 43, p. 65.

J

Jääskinen N., Internet et la Cour de justice *in* Tizzano A., Rosas A., Silva de La Puerta R., Lenaerts K et Kokott J (dir.), Liber Amicorum Vassilios Skouris, 2015, Bruylant, 756 p.

L

Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 118.

Lenoble J., La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin McCormick, Arch. Phil. du droit, Tome 33, 1988, p. 120.

Lucas A., Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? in Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., p. 31.

Lucas H-J, La Cour de justice européenne respecte-t-elle les conventions internationales sur les droits d'auteur et les droits voisins, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p.

Lucas-Schloetter A., la revente d'occasion de fichiers numériques in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p. 573.

M

Martial-Braz N., Le droit des marques à l'épreuve des moteurs de recherche in Behar-Touchais N (dir.), L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet, 2016, Vol. 2, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 311 p., p. 83.

Mousseron J-M., Valeurs, biens, droits, in Mélanges en l'honneur de André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, p. 277.

P

Peri M., L'opérateur de plateforme en ligne dans la loi pour une république numérique : approche(s) sectorielle(s) ou approche transversale ? Approche préventive ou approche curative ? *in* Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S.,

Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p.100.

Petit N., L'application du droit de la concurrence au secteur du numérique. Droit de l'UE (Partie I), Concurrence, n°2, 2017.

R

Robin A., Rapport de de synthèse in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p

Rosati E., The value gap proposal in Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p., p. 157.

Rouvière F., Critique des fonctions et de la nature des fictions in Caire A-B., Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions, 2015, Colloques, Clermont-Ferrand, Centre Michel l'Hospital, L.G.D.J, 198 p.

S

Sénéchal J., L'opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de services interpersonnelles in Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p.

Senftleben M., Ni flexibilité ni sécurité juridique. Les exceptions au regard du triple test, in Les exceptions au droit d'auteur Sirinelli P., Bensamoun A (dir.), 2012, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 166 p.

Siiriainen F., Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » in Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du Professeur André Lucas, Propr. Intell., n°55, 2015, p. 183.

Sirinelli P., La directive "société de l'information apport réel ou fictif au droit d'auteur, in Commerce électronique et propriétés intellectuelles, actes du colloque de l'IRPI, Litec, 2001.

Sirinelli P., Hyperliens et droit d'auteur *in* Bensamoun A (dir.), la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information, 2018, mare & martin, 234 p., p. 103.

Stalla-Bourdillon S., Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme « de la neutralité » à l'aune des droits fondamentaux in Sénéchal J., Stalla-Bourdillon S., Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s)

ou approches sectorielles ? 2017, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 183 p.

Strowel A., Net neutrality : What regulation for the Internet in Europe and beyond, *in* Strowel A (dir.), Net Neutrality in Europe, 2013, Bruylant, 174 p., p. 1.

Strowel A., Le défi des agrégateurs d'actualités : toujours pas de réponses convaincantes. Retour sur les lois anti-Google et les arrêts *Infopaq*, *Meltwater*, et *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne *in* Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p.

Strubel X., La société de l'information et le droit d'auteur in Blandin A., L'Union européenne et Internet, 2001, Éditions Apogées, 192 p., p. 135.

T

Terré F., Être ou ne pas être... responsable - À propos des prestataires de service par Internet JCP G., n°43, 2011.

Thieriet-Duquesne A., Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale. Les limites de l'harmonisation totale, colloque du CEJEC, LPA, n°83, 2009

Tréfigny P., Les liens commerciaux et le droit des marques in Bruguière J-M (dir.), L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet : Quid novi ?, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 196 p.

V

Vercken G., Référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle, in Chatry S (dir.) La régulation d'internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, 2015, mare & martin, 188 p., p. 153.

Verdure C., Van Moltke A., Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux ? in Giacobbo-Peyronnel V. et Verdure C., Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspective, 2017, Larcier, 706 p., p. 161.

Vivant M., Raison et réseaux. De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet in Savoir innover en droit. Concept, outils, systèmes. Hommage à Lucien Mehl, 1999, La documentation Française, 346 p

Vivant M., Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscure clarté d'un droit sans boussole apparente, in Mélanges Poullet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde, Larcier, 2018, 800 p., p. 319.

Von Lewinski S., Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public, in Mélanges

en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p.775.

W

Walter M. M., Du développement du droit d'auteur européen durant la dernière décennie et du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p., p.785.

Wu T., Network Neutrality, Broadband Discrimination, Journal on Telecommunications and High Technology Law, vol. 2, 2003, p. 141.

Z

Zolynski C., L'élaboration de la jurisprudence de la CJUE in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas Clavier J-P., Lucas-Schloetter A., Lucas F-X (dir.), 2014, LexisNexis, 830 p.

Thèses

B

Barraud B., Les sources du droit de la communication par internet, 2016, Droit, Université d'Aix Marseille, Thèse, 617 p.

Bitar A., Les aspects juridiques des hyperliens, 2006, Thèse, Nantes.

D

Dimeglio A., Le droit du référencement dans l'Internet (outils de recherche, lien hypertexte, balise méta), 2002, Thèse, Montpellier I.

Dusollier S., Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres, 2007, Larcier, coll. Création Information Communication, 620 p.

H

Heinzmann L., L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen, 2017, Université Paris-Sud, Thèse, 690 p.

L

Le Borloch M., L'application du droit d'auteur aux hyperliens. Analyse de droit français et de droit américain, 2016, Thèse Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Lécuyer G., Liberté d'expression er responsabilité, 2016, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 611 p.

R

Ricbourg E, La responsabilité civile des acteurs de l'Internet, 2014, Larcier, coll. Création, Information, Communication, 444 p.

S

Stalla-Bourdillon S., Responsabilité civile et stratégie de régulation : essai sur la responsabilité civile des prestataires intermédiaires de service en ligne, Thèse, Institut universitaire européen de Florence, 2010, 570 p.

T

Tourette A., Responsabilité civile et neutralité d'Internet. Essai de conciliation. 2015, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 525 p.

V

Van Hoboken J., Search engine freedom : on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines, 2012, Thèse, Amsterdam, 386 p.

Z

Zollinger A., Droit d'auteur et droits de l'Homme, 2008, Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, coll. Thèse, 478 p.

Zolynski C., Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins., 2007, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 446 p.

Articles, notes et observations

A

Afori O., Implied Licence : an emerging new standard in copyright law, Santa Clara High Tech L.J, Vol. 25, issue 2, 2008, p. 275.

Angelopoulos C., CJEU Decision on Ziggo : The Pirate Bay communicates works to the public, Kluwer Copyright Blog, 2017.

Angelopoulos C., AG Szpunar in Stichting Brein v Ziggo : An Indirect Harmonization of Indirect Liability, Kluwer Copyright Blog, 2017.

Angelopoulos C., Hyperlinks and copyright infrigement, Cambridge Law Journal, 2017, p. 35.

Arezzo E, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What the future for the Internet after Svensson ? International Review of Intellectual Property and Competition law, Vol 45, Issue 5, 2014 p. 524.

B

Baistrocchi P., Liability of Intermediary Service Providers in the EU directive on Electronic Commerce, Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 19, n°, 2003, p. 111.

Banasevic N., Marques N., Portuese A., Th Google Shopping decision, Concurrences, n°2, 2018, p. 25.

Barbry E., Proust O., Le web 2.0 pousse la barre des prétoires, Gaz. Pal, n°297, 2007, p.10.

Barraud B., La crise de la sanction. Réflexion autour de la difficile répression des activités illicites en ligne, RLDI n°128, 2016.

Belli L., Sappa C., The intermediary conundrum. Cyber-regulators, cyber-police or both ? JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 183.

Benabou V-L., obs. sous, CJUE 1 juillet 2009, Infopaq, aff. C-5/08, p. I-06569, Propr. Intell. n°33, 2009, p. 378.

Benabou V-L., obs. sous. CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07, Directmedia Publishing, Propr. Intell, 2009, n°30, p.78.

Benabou V-L., Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, Propr. Intell., 2012, n°43, p.140.

Benabou V-L., Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, 2014, Juriscom.net.

Benabou V-L ; Zolynski C., Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne ?, Rec. Dalloz, 2014, p. 731.

Benabou V-L, Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I ; le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome, Rec. Dalloz, 2014, p. 1476.

Benabou V-L., L'épuisement est limité à la distribution de biens tangibles et le transfert d'une œuvre sur un support nouveau est bien un acte de reproduction, vlbenabou.blog, 2015.

Benabou V-L., Droit de communication au public : harmonie, vous avez dit harmonie ?, Dalloz IP/IT, 2016, p. 424.

Benabou V-L., GS MEDIAaaaargh ! verckengaullier.com, 2016.

Benabou V-L., Arrêt Cordoba. Droit de communication au public. Canicule. Puis, redescente des températures, vlbenabou.blog, 2017.

Benabou V-L., Droit de communication au public sur Internet : un public ou des publics ? Légipresse, n°364, 2018.

Bensamoun A., Zolynski C., La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit, Rec. Dalloz, 2011, p. 1773.

Bensamoun A., Zolynski C., La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des intermédiaires techniques, RLDI, n°75, 2011.

Bensamoun A., Zolynski C., *Cloud computing* et *big data*. Quel encadrement pour ces nouveaux usages des données personnelles ?, Réseaux, Vol. 189, n°1, 2015, p. 103

Bensamoun A., Value gap : une adaptation du droit d'auteur au marché unique numérique, Rec. Dalloz, 2018, p. 122.

Bergel J-L, Le rôle des fictions dans le système juridique, Revue de droit de MacGill, Vol. 33, 1988, p. 358.

Bernault C., La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur, RLDI, n°15, 2006.

Bertrand B., Les blocs de jurisprudence, RTD Eur., 2012, p. 74.

Blandin A., La fourniture de services de médias audiovisuels : modification du cadre réglementaire face à la diversification de l'offre, Journal de droit européen, n° 149, 2008, p. 143.

Blandin A., Communications électroniques et nouveaux médias : quelle architecture juridique pour l'Europe ?, Leçon inaugurale du 22 novembre 2011, accessible à http://www.imt-atlantique.fr/lexians/wp-content/uploads/2011/09/Leçon-inaugurale-Annie-Blandin-chaire-européenne-Jean-Monnet-20111.pdf

Blandin A., La télévision sans frontière avec Internet : interaction et ordre juridique, La revue des sciences de Gestion, Direction et Gestion, n°263-264, 2013, p. 117.

Boizard M., Détermination de la qualité d'hébergeur : voyage en eaux troubles, RLDI, n°101, 2013.

Bonichot J-C, La Cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles technologies de l'information : vers une cour 2.0 ?, LPA, n°53, 2016, p. 8.

Bosco D., Google et le droit de la concurrence : avis de tempête !, Com. com. électr., n°4, 2011.

Bracha O ; Pasquale F., Federal Search Commission – Access, fairness and accountability in the law of search, Cornell Law Review, Vol. 93, n° 6, 2008, p. 1152.

Bruguière J-M., Quand les éditeurs de presse revendiquent un Canada dry des droits voisins, Rec. Dalloz, 2013, p. 26.

Bruguière J-M., Droits voisins des éditeurs de presse : « les voisins du troisième type », Propr. Intell., n°46, 2013.

Bruguière J-M., obs. sous. CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12 UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH, Propr Intell., n°52, 2014, p. 288.

Bruguière J-M., Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement ? Responsabilité civile et assurances, n°5, 2015, p. 15.

Buydens M., Dusollier S., Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, Com. Com. électr. n°9, chr. 22, 2001.

C

Cachard O., Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation, RLDI, n°17, 2010.

Carrière L., Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion, Les Cahiers de la propriété intellectuelle, Vol. 9, n°3, p. 467.

Caron Ch., FAQ n°4 autour des liens commerciaux, Com. com. électr, n°6, 2011.

Caron Ch., obs. sous., CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, Public Relations Consultants Association, Com. comm. électr., n°9, septembre 2014.

Castets-Renard C., Système Adwords : Google n'est ni contrefacteur, ni complice d'acte de contrefaçon, RLDI, n°61, 2010.

Castet-Renard C., Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'Internet, Rec. Dalloz, 2012, p. 827.

Castets-Renard C., Google et l'obligation de déréférencer les données personnelles ou comment oublier du monde numérique, RLDI, n°106, 2014.

Castets-Renard C., La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE, RLDI, n°113, 2015.

Castets-Renard C., Le Parlement européen et la directive sur le droit dans le marché unique numérique : quel partage de la valeur entre les parties prenantes ? Rec. Dalloz, 2018, p. 1921

Chabert C., Quelles portée pour ce fameux « droit à l'oubli » des moteurs de recherche ? RLDI n°135, 2017.

Chantepie P., Eléments d'économie du web 2.0 : interfaces, bases de données, plateformes, Propr. Intell., n°24, 2017, p. 285.

D

Daverat X., obs. sous, CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, LPA, n°94, mai 2014, p. 6.

Davies G., Caddick N., Harbottle G., cités par Rosati E., GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, Common Market Law Review, Vol. 54, n°4, 2017, p.1237.

Debet A., Google Spain : Droit à l'oubli ou oubli du droit ?, Com. com. électr. n°7-8, étude 13, 2014.

Debet A., Google Spain : la suite, encore des questions pour la CJUE, Com.com. électr. n°4, comm 38, 2017.

De Haas C., La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres, Propr. intell., n°46, 2013.

Delpech X., La délicate appréhension de la Blockchain par le droit, AJ Contrat, n°6, 2017, p. 244.

Dérieux E., Directive « services de médias audiovisuels », RLDI, n°35, 2008 ; Barbato C., La directive de « services de médias audiovisuels » (SMA) : vers un renouvellement du modèle audiovisuel européen ?, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, 2008, p. 52.

Derieux E., Neutralité : liberté ou surveillance. Fondement et éléments du droit de l'Internet, RLDI n°74, 2011.

Dimeglio A., Le renvoi à la page Web d'un tiers par une lien hypertexte est-il ou non constitutif d'un acte de contrefaçon, Cahiers Lamy Information, n°144, 1999.

Dormont S., La liberté de créer un lien hypertexte, commentaire de l'arrêt CJUE, 13

février 2014, Svensson c/ Retriever Sverige AB, Propr. Intell., n°52, 2014, p. 234.

Dormont S., Appréhension par la CJUE du droit de communication au public, RLDI, n° 116, 2015.

Dormont S., La mise en œuvre de la jurisprudence européenne sur les liens hypertextes par la Cour d'appel de Paris, Dalloz IP/IT, 2016, p. 196.

Dormont S., L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin... , Com. com. électr. n°2, étude 4, 2017.

Dubois L., Gaullier F., « L'ordonnance Bestwater International » de la CJUE : la meilleure eau n'étanche pas la soif, RLDI, n°110, 2014.

Duong L., Les sources du droit de l'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau, Rec. Dalloz, 2010, p. 783.

Dusollier S., Le géant aux pieds d'argile : Google news et le droit d'auteur, RLDI, n°26, 2007.

Dusollier S., Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication : note d'observations sous C.J.U.E (4ème ch.), 13 février 2014, Revue du Droit des Technologies de l'Information, n°54, p. 49.

E

Elias Bou Kather C., Le nom de domaine au sein du concept de signe distinctif, RLDI n°11, 2005.

F

Frosio, G., From horizontal to vertical : an intermediary liability earthquake in Europe, Journal of Intellectual Property & Practise, Vol. 12, n°7, 2016, p. 565.

Frosio G., The death of 'No monitoring' obligations : a story of untameable monsters, JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017, p. 199.

Frosio G., To filter, or not to filter. That is the question in EU copyright reform, CEIPI, Research Paper, n°16, 2017.

Frosio G., Reforming Intermediary Liability in the plateform economy : a european digital single market strategy, Northwestern University Law Review, Vol. 112, n°19, 2017, p.

G

Gautier P-Y, De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage, Rec. Dalloz, 2011, p. 2054.

Gautier P-Y., Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, Rec. Dalloz, 2015, p. 2189.

Gaudrat P., Hyperliens et droit d'exploitation, RTD com., 2006, p. 104

Gaudrat Ph., obs. sous CJUE 3 juillet 2012, aff. C-128/11, UsedSoft, RTD. com 2012, p. 790.

Geiger C., Bulayenko O., Frosio G., Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law, CEIPI, Research Paper n°09, 2017.

Ginsburg J., L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? Com. comm. électr. n°5, étude 10, 2010.

Ginsburg J., Budiardjo L A., Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content : International and Comparative Law Perspectives, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 41, 2018, p. 153.

Giusti J., Vers une théorie générale de la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche sur internet... Expertises des systèmes d'information p. 427.

Glaize F., Liens publicitaires ; suggérer, est-ce contrefaire ? RLDI, n°36, 2008.

Grimmelman J., The structure of search engine law, Iowa Law Review, Vol. 93, n° 1, 2007 p. 1.

Grimmelman J., Speech engines, Minnesota Law Review, n°98, 2013, p. 897.

Grynbaum L., Google Adwords : l'hébergeur, un prestataire nécessairement passif, RLDI, n°60, 2010.

Guilbault L., Pedro Quintais P., Copyright technology and the exploitation of audiovisual work, IRIS plus, n°4, 2014.

H

Hardouin R., Du copulatif au passif, ou comment la conjonction « et » ajoute une condition pour jouir du régime de l'hébergeur, RLDI n°61, 2010.

Hardouin R., La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur Internet : l'effet des moteurs de recherche en matière de déréférencement, RLDI, n°96, 2013.

Hugenholtz B., Van velze S., Communication to a new public ? Three reasons why EU copyright law can do without a « new public », International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 47, n° 7., p. 797.

Humblot B., Bomsel O., Costanza V., Réflexion sur le droit des marques et l'économique du lien sponsorisé, RLDI 2013, n°89, 2013.

J

Joslove B. L., Krylov A. V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, RLDI, n°6, 2005.

K

Karapapa S., The requirement for a new public in EU Copyright Law, European Law Review, n°1, 2017, p. 75.

Körber T., The Commission's « Next big thing » ? Why the Google's case is not a Microsoft reloaded ? Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart), 2015, p. 414.

Körber T., Common errors regard search engine regulation - and how to avoid them, E.C.L.R, Vol. 36, n°6, 2015, p. 239.

Kuczerawy A., The power of positive Thinking. Intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression, JIPITEC, Vol. 8, n°3, 2017.

L

Lenaerts K., The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014), Elte law Journal, n°1, 2014, p. 9.

Larrieu J., Liens sponsorisés : quels risques pour les moteurs de recherche... et pour les autres ? Expertises 2004.

Larrieu J., La protection contractuelle d'une base de données, Propr. indus. n°11, 2015.

Latreille A., Numérisation, Lex Electronica, n°22, 2017, p. 117.

Lebeau-Mariana D., Référencement : risques et enjeux, Gaz. Pal. n°1,2001, p. 850.

Le Clainche J., CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel, RLDI, n°107, n°107.

Lee E., Decrypting the DMCA Safe harbors, Columbia journal of law and the Arts, n°32, 2009, p. 233.

Le Goffic C., Décision Allostreaming : la Cour de cassation valide l'imputation des coûts de blocage aux intermédiaires techniques, Dalloz, 2017, p. 2016.

Leistner M., Closing the book on the hyperlinks : brief outline of the CJEU's case law and proposal for a European legisaltive reforme, E.I.P.R, Vol. 39, n°6, 2017, p. 327.

Leistner M., Copyright law on the internet in need of a reform : hyperlinks, online plateforms and aggregators, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 12, n°2, 2017, p. 136.

Lenaerts K., Gutiérrez-Fons J., To Say What the Law of the EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice, EUI Working paper, Academy of European Law, n°9, 2013.

Lenaerts K., The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014), Elte law Journal, n°1, 2014, p. 93.

Logeais E., Pop up : L'art de la fugue, Propr. Intell. n°12, 2004, p. 811.

Logeais E., Liens promotionnels ; quel rang tenir ? note sous TGI Nanterre, Viaticum et

Luteciel c. Google France, 13 oct. 2003, Prop. Intell. 2004, n°12, p. 811.

Logeais E., La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données, Propr. Intell. n°43, avril 2012, p. 230.

Lucas A., Sirinelli P., L'originalité en droit d'auteur, La semaine juridique édition générale, n° 23, 1993.

Lucas A., obs. sous CA Paris, 26 janvier 2011, SAIF c/ Google, Propr. Intell n°39, 2011, p. 203.

Lucas A., obs. sous CJUE 3 juillet 2012, aff. C-128/11, UsedSoft, Propr. Intell. n°46, 2012, p. 333.

Lucas, A., obs. sous CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson*, Propr. Intell, n°51, 2014, p. 166.

Lucas A., obs. sous., CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, Public Relations Consultants Association, Propr. Intell, n°52, 2014, p. 279.

Lucas, A., obs. sous CJUE 22 janvier 2015, aff. C-419/13, Art & Allposters, Propr. Intell. n°55, 2015, p. 200.

Lucas-Schloetter A., La licéité des thumbnails au regard du droit d'auteur allemand, obs. sous. BGH, 29 avril 2010, I ZR 69/08, LEPI n°3, juillet 2010, p. 1.

Lucas-Schloetter A., Google face à la justice française et belge : nouvelle décision en matière de droit d'auteur, JIPITEC, n°2, 2011, p. 144.

M

Maillard T., Le(s) statut(s) des moteur(s) de recherche, Dalloz IP/IT, 2016, p. 177.

Mallet-Poujol N., La liberté d'expression sur internet : aspects de droit interne, Recueil Dalloz, 2007, p. 591.

Malaurie P., Liberté et responsabilité, Defrésnois, n°5, 2004, p. 351.

Manara C., Référencement et droit d'auteur, Propr. Intell., n°19, 2006, p. 147.

Manara C., La « search neutrality » mythe ou réalité ? Concurrence, n°1, 2011, p. 5.

Manara C., Le droit d'auteur contre l'accès mondial à l'information ? R.I.D.E., n°2, 2011, p. 153.

Manara C., Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM, RLDI, n°76, 2011.

Manara C., Le droit du commerce électronique après l'arrêt Scarlet, RLDI, n°78, 2012.

Marino L., Google au pays des publicités : du droit des marques au droit de la responsabilité, JCP G, n°23, 2010.

Marino L., Arrêt Meltwater : du soleil et du surf (sur Internet), Revue Documentaliste, vol. 51, n° 3, 2014, p. 27.

Marino L., Arrêt UPC Telekabel : le blocage des sites pirates devant la CJUE, Obs. sous. CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH c/Constantin Film Verleih GmbH et a., Legipresse, n° 317, 2014, p. 345.

Martial-Braz N., Rochfeld J., Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, Rec. Dalloz, 2014, p. 1481.

Martin N., Position squatting et contrefaçon de marque par le fournisseur de liens publicitaires : l'affichage d'un lien sponsorisé est licite lorsqu'il conduit à des produits authentiques, RLDI, n°24, 2007.

Matakovic S., Quel statut pour Google ?, RLDI, n°35, 2008.

Mendoza-Caminade A., Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte, RLDI n°39, 2008.

Mezei P., Enter the matrix : the effect of the CJUE's case law on linking and streaming technologies, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 11, n°2, 2016, p. 778.

Midelieva L., Rethinking hyperlinking : adressing hyperlink to unauthorized content in copyright law and policy, European Intellectual Property Review, Vol. 39, n° 8, 2017, p. 479.

Montanari A., « Lex Google » : copyright law and internet providers, future ennemies or allies ?, E.I.P.R, Vol. 35, n°8, 2013, p. 434.

Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur le réseau, Cahiers du C. R. I. D, n°19, 2001, p. 273.

Montero E., Les responsabilités liées au web 2.0, R.T.D.I, n°32, 2008, p. 363.

Montero E., Van Enis Q., Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle, RLDI n°61, 2010.

N

Nordemann J-B., Germany's publishers take on Google, Kluwer Copyright Blog, 2016.

O

Joslove B L. et Krylov A. V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, RLDI, n°6, 2005.

Odinet G., et Roussel S., Renvoi préjudiciel, le dialogue des juges décomplexés, AJDA, 2017, p. 740.

P

Padova Y., Lebeau-Mariana D., Entre droit des données personnelles et liberté d'expression, quelle place pour les moteurs de recherche ? RLDI, n° 90, 2013.

Padova Y., Le droit à l'oubli, un droit universel ? RLDI, n°130, 2016.

Padova Y., Le droit à l'oubli est-il universel, régional ou « glocal » ? À la CJUE d'en décider, RLDI, n°145, 2018.

Pasquale F., Platform neutrality ; Enhancing freedom of expression in spheres of private power, Theoritical Inquiries in law, Vol. 17, n° 2, 2016, p. 487.

Passa J., la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, JCP G, n°26, 2001, p. 331

Polliaud-Dullian F., À propos de la sécurité juridique, RTD civ., 2001. p. 487.

Passa J., Les conditions générales d'une atteinte sur une marque, Propr. Indus. n° 2, 2005.

Passa J., Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : Portée ? Utilité ? Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, 2012.

Papadaki E., Hyperlinking, making available and copyright infringement: lessons from European national courts, European Journal of Law and Technology, Vol 8, n° 1, 2017.

Peguera M., When the cached link is the weakest linked ; search engine caching under the Digital Millenium Copyright Act, Journal of the Copyright Society of the U.S.A, vol. 56, 2009, p. 586.

Perray R., Salen P., La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit à « l'oubli numérique » : une fausse innovation, de vraies questions, RLDI, n°109, 2014.

Pihlajarinne T., Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective, IIC., Vol. 43, n°6, p. 700.

Pironon V., L'internet et la mondialisation, Gaz. Pal., n° 307, 2007, p. 11.

Polliaud-Dullian F., À propos de la sécurité juridique, RTD civ., 2001. p. 487.

Pollaud-Dullian F., L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet, Propr. Intell., n°36, 2010, p. 824.

R

Ramalho A., The competence of the Eu to create a neighbouring right for publishers, New York : Social Science Research Network (SSRN), 2016.

Rato M., Petit N., Abuse of dominance in technology enabled markets : established standards reconsidered ?, European Competition Market, Vol 9, n°11, 2013.

Reed C., Copyright in WWW pages. News from Shetland copyright in links to world wide web pages, Computer & Security Review, Vol. 13, n°3, 1997, p. 167.

Rivel G., La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence : inelegantia juris ? , Rec. Dalloz, 2008, p. 237.

Robin A., Neutralité du net : vers une consécration européenne du principe ?, Com. com. électr. n°6, étude 12, 2015.

Rochfeld J., Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. Recueil Dalloz, 2009, p. 2047.

Rochfeld J., Zolynski C., La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, Dalloz IP/IT, 2016, p. 520.

Rosati E., Neighbouring Rights for Publishers : Are National and (Possible) EU Initiatives Lawfull ?, IIC, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 47, Issue 5, 2016, p. 569.

Rosati E., The German 'Google Tax'law : groovy or greedy ? Journal of Intellectual Property law & Practise, Vol. 8, n°7, 2013, p. 497.

Rosati E., Linking for profit, technical means and burden of proof - German BGH applies CJEU case law to Google's Image Search, ipkitten.blogspot.com, 2017.

Rosati E., GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, Common Market Law Review, Issue 4, Vol. 54, 2017, p. 1237.

Rouhette T., Gateau Ch., Le statut des hébergeurs, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique, RLDI n°72, 2011, p. 59.

Rouvroy A., Berns T., Gouvernementalité algorithmique et perspective d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation, Réseaux, Vol. 177, n°1, 2013, p. 163

S

Saint-Martin A., Le gestionnaire d'un « Digg-like » est hébergeur et éditeur d'un site internet (responsabilité et web 2.0), RLDI, n°45, 2009.

Savola P., EU Copyright Liability for Internet Linking, JIPITEC, Vol. 8, n°2, 2017, p. 139.

Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Com. com. électr, n°6, étude 21, 2005.

Schellekens M., Reframing hyperlinks in copyright, E.I.P.R, Vol. 38, Issue 7, p. 401.

Senftleben M., Angelopoulos C., Frosio G., Moscon V., Peguera M., and Rognstad O-A, The recommendation on measures to safeguard Fundamental rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform, E.I.P.R, Vol. 40, Issue 3, 2018, p. 149.

Sirinelli P., L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale, Rec. Dalloz, n°344, 1993, p. 323.

Sirinelli P., Flux économique et web 2.0, Dalloz IP/IT, 2016, p. 167.

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

Stalla-Bourdillon S., Chilling ISPs...When private regulators acte without adequat public framework, Computer law & Security Review, Vol. 26, n° 3, 2010, p. 290.

Stalla-Bourdillon, S., Sometimes one is not enough! Securing freedom of expression, encouraging private regulation, or subsidizing Internet intermediaries or all three at the same time: the dilemma of Internet intermediaries' liability, Journal of Internation Communication Law and Technology, Vol. 7, n°2, 2012.

Strowel A., Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet, À propos des hyperliens : Auteurs & Médias, n°4, 1998, p. 296.

Strowel A., Ide N., La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions des hyperliens, droit et technologies.org, 2001.

Strowel A., Censure ! Vous avez dit censure ? À propos de l'arrêt Google sur le droit à l'oubli, Auteur & Media, n°5, 2014, p. 311.

T

Tambou O., Protection des données personnelles : les difficultés de mise en œuvre du droit européen au déréférencement, RTD eur. 2016, p. 249.

Tellier-Loniewski L., Rojinsky C., Masson L., Contrefaçon et droit d'auteur sur Internet., Gaz. Pal, 1997, p. 20.

Thibierge C., Le droit souple, réflexion sur les textures du droit, RTD Civ., 2003, p. 599.

Thibierge C., Avenir de la responsabilité, Responsabilité d'avenir, Rec. Dalloz, 2004, p. 577.

Thoumyre L., l'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée, Cahier Lamy du droit de l'informatique et des réseaux, n°15, 2003.

Thoumyre L., De la responsabilité arachnéenne sur Internet ; quelle issue pour les tisseurs de lien

en France ?, Lex Electrnocia.org, Vol. 1, n°10, 2005.

Thoumyre L., Impact de l'arrêt Google Adwords de la CJUE sur la responsabilité des services 2.0, Juriscom.net, 2010.

Treppoz E., Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international, RTD Eur., 2015, p. 965.

Tsoutsanis A., Why copyright and linking can tango, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9, n° 6, 2014, p. 495.

V

Valcke P., Stevens D., Lievens E., Werkers E., Audiovisual Services in the EU. Next generation approach or Old Wine in New barrels ?, Communication & Strategies, n°3, 3rd quarter, 2008, p. 103.

Van den Berg B., 'Copyright & the struggle against Google News', Kluwer Copyright Blog, 2016.

Van Eechoud M., A publisher's intellectual. Implications for freedom of expression, authors and open content policies. Research paper for OpenForum Europe, 2017.

Van Enis Q., Les mesures de filtrage et le blocage des contenus sur internet : un mal (vraiment) nécessaire ? Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°96, 2013, p. 877.

Van Enis Q., Le droit de recevoir des idées ou des informations par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen, Journal européen des droits de l'homme, n°2, 2015, p. 173.

Van Hoboken J., Legal Space for innovative ordering : on the need to update selection intermediary liability in the EU, International Journal of communication law and policy, Vol. 13, 2009 p. 49.

Varet V., Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, Légipresse, n° 196, 2002, p. 141.

Varet V., De distorsion, le droit (de reproduction) s'est épuisé, Propr. Intell. n°45, 2012, p. 384.

Varet V., Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile, Légipresse, n°343, 2016, p. 604.

Verbiest T., The liability, in french and belgian laws, of search tool on the Internet, International Journal of law and Information Technology, Vol. 7, n°3, 1999, p. 238.

Verbiest T., Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ? Juriscom.net, 2000.

Verbiest T., Wery E., Les copies provisoires techniques confrontées au droit de reproduction, Légicom, Vol, n°25, 2001, p. 87.

Vivant M., Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle, JCPE n°22, 1993.

Vivant M., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP G, n°45, 1999.

Vivant M., L'investissement, rien que l'investissement... », RLDI n°104, 2005.

Vivant M., Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété, Propr. Intell., n° 23, 2007, p. 193.

Vivant M., obs. sous CJUE 15 janvier 2015, aff. C-30/14, Ryanair, Propr. Intell., n°58, 2016, p. 89.

Von Lewinski S., Encore des privilèges pour les moteurs de recherche, Dalloz IP/IT, 2018, p. 444.

W

Wery É., Breteau L., « Droit des marques ; la justice européenne met à mort la contrefaçon par reproduction à la française », RLDI, n° 76, 2011.

Wery E., Le référencement des sites web : jusqu'où peut-on aller sans violer la loi, ulys.net, 2014, p. 8. https://www.ulys.net/ouvrages/le-referencement-des-sites-web-jusquou-peut-on-aller-sans-violer-la-loi/.

X

Xalabader R., The remenerated statutory limitation for news aggregationand search engine proposed by the spanish governement : its compliance with international and EU law, IN3 Working Papers Series, 2014

Z

Zolynski C., L'épuisement en ligne, Propr. Intell. n°55, 2015, p. 133.

Zolynski S., Loyauté des plateformes. De la régulation à l'inter-régulation, Cah. Droit de l'entreprise, n°3, 2017.

Rapports, études et avis

A

ALAI, 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, 2013.

ALAI, Avis proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, 2014.

ALAI, Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Bernes hyperlien et du droit de communication au public sur Internet, 2015.

ALAI, Résolution relative aux propositions européennes 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, 2017.

ARCEP, Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité d'Internet, 2012.

B

Bently L. et al, The reference to CJEU in Case C- 466/12 Svensson, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, n°6, 2013.

C

Rapport du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, 2014.

Conseil National du Numérique, Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique et soutenable, 2014.

Conseil national du numérique. Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique, 2015

Commission européenne, Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702 final, 23/11/2003.

Cour de cassation, Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen. Interprétation et portée en droit de l'Union européenne et en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2015.

Farchy J., Benabou V-L., Méadel C., Rapport du CSPLA sur le référencement des œuvres sur Internet, 2014

Sirinelli P., Rapport annuel de la Cour de cassation, L'innovation technologique, 2005, p. 45.

Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA, Rapport sur l'articulation des directive 2000/31 et 2001/29, 2015.

Sirinelli P., Bénazaref J-A., Bensamoun A., CSPLA. Rapport sur le droit de communication au public, 2016.

Francheschini L., CSPLA, Rapport sur la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, 2016.

Franceschini L., CSPLA, Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse, 2018.

Benabou V-L., Zolynski C., Cytermann L., CSPLA, Droit de la propriété literraire et artistique, données et contenus numériques, 2018.

F

FDI, Hyperliens : statut juridique, 2003.

FDI, Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?, 2003.

G

Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2008.

Groupe « Article 29 », Guidelines on the implementation of Court of justice of the european union judgement on « Google Spain and Inc V. Agencia espagñola de protección de datos (AEPD)and Mario Costeja González » C-131/12, WP 225, 26 november 2014.

M

Maxwell W., Pénard T., La régulation des plateformes numérique en Europe, Livre blanc, 2015.

P

European Parliament, Study for the JURI committee, Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, 2017.

Peukert A., An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, Research Paper of the Faculty of Law, 2016 Goethe University Frankfurt am Main, n° 22, 2016.

S

Sirinelli P., Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 1999.

T

Trans Europe Expert, réponse à la consultation de la Commission européenne sur la révision des règles européennes en matière de droit d'auteur, 2014.

V

Verbiest T., Spindler G., Study on the liability of Internet intermediaries, Study for the European Commission, Markt/2006/09/E, 2007, 115 p.

Documentation non juridique

N. B la présente rubrique dresse la liste des ressources non juridiques qui ont été nécessaires à la réalisation de cette thèse.

Balle M., Médias et Société, 2013, 16ème éd., coll. Domat, LGDJ, 875 p.

Berners-Lee T., Information management : A Proposal, CERN, 1990, accessible à : https://www.w3.org/History/1989/proposal.html

Bois R., Gravier G., Sébillot P., Morin E., Vers une typologie de liens entre contenus journalistiques. 22e conférence Traitement automatique des langues naturelles, TALN 2015, juin 2015, Caen, France. 515-521, papier court, 2015.

Cardon D., À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'ère du Big data, 2015, Seuil, coll. La République des idées, 112 p.

Calzada J., Gil R., What do news aggregator do ? Evidence from Google News in Spain and Germany, New York : Social Sciences Research Network (SSRN), 2016.

Ertzscheid O., Le like tuera le lien, affordance.info, accessible à : https://affordance.typepad.com/mon_weblog/2010/05/le-like-tuera-le-lien.html.

Farchy J., Moreau F., Lumeau M., CSPLA, Rapport sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création, 2016.

Francq P. Internet. Tome 1 : La construction d'un mythe, 2011, coll. Techno, Logos et Polis, E.M.E, 309 p.

HADOPI, Linkstorm, Rapport sur la visibilité de l'offre licite de biens culturels dématérialisés par rapport à l'offre illicite dans les moteurs de recherche, Département Recherche, Étude & Veilles, 2013.

HADOPI, L'écosystème illicite des biens culturels dématérialisés, 2019.

Pour protéger les droits de Sony, Facebook censure abusivement un pianiste anglais, Lefigaro.fr, 11/09/2018.

Le Crosnier H., Une introduction à l'hypertexte, Bulletin des bibliothèques de France, n°4, 1991, p. 280.

Legrand D., Facebook généralise ses *instants articles* sous iOS mais pas pour tous les éditeurs, NextInpact, 21/10/2015.

Leloup D., et Untersinger M., La directive de l'UE sur le droit d'auteur à l'ère du numérique est adoptée, Lemonde.fr, 12/09/2018.

Lescure P., « Mission “ Acte 2 de l’exception culturelle“ - Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique », Tome 1, Fiche C-6, 2013.

Perset K., The economic and social role of Internet intermediaries, OCDE, 2010, p. 9.

Rochet J-C., Tirole J., Platform Competition in Two Side Market, Journal of the European Economic Association, Vol. 1, n°4, 2003 p. 990.

Sire G., Rieder B., Dans les ramures de l’arbre hypertexte. Analyse des incitations générées par l’opacité du moteur Google, French journal for media research, Vol. 3, 2015

Sire G., Les moteurs de Sire recherche, 2016, coll. Repères, La Découverte, 126 p.

Valéry P., La conquête de l’ubiquité (2929) , in Oeuvres, Tome 1, 2016, Édition de Michel Jarrety, Le livre de poche, coll. La Pochothèque 1822 p., p. 1302.

TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE

Cour de justice de l'Union européenne

CJCE 8 juin 1971, aff. C-78/70, *Deutsche Grammophon*, Rec. p. 487.

CJCE 14 juillet 1977, aff. jtes 9/77 et 10/77, *Bavaria et Germanair c. Eurocontrol*, Rec. p. 1517.

CJCE 25 octobre 1977, aff. 26-76, *Metro SB-Großmärkte & Co. contre Commission des Communautés européennes,* Rec. de jurisprudence, p. 1875.

CJCE 8 juin 1981, aff. Jtes C-55 et C-57/80, *Musik Vertrieb*, Rec. p. 147.

CJCE 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*, Rec., p. 3415.

CJCE 18 janvier 1984, aff. 327/82, *Ekro*, Rec. p. 107.

CJCE 15 décembre 1987, 325/85, Irlande c/ Commission, Rec. p. 504.

CJCE 13 décembre 1989, aff. C-322/88, *Grimaldi*, Rec. de jurisprudence, p. 04407.

CJCE 20 novembre 2001, aff. C-414/99 à C-416/99, *Zino Davidoff et Levi Strauss*, Rec. p. I-8691.

CJCE 12 novembre 2002, aff. C-206/01, *Arsenal*, Rec. p. I-10273.

CJCE 23 octobre 2003, *Adidas I*, aff. C-408/01, Rec. p. I-12537.

CJUE 6 novembre 2003, aff. C-101/01, Lindqvist, Rec, p. I. 12971.

CJCE 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board*, p. I-10415.

CJCE 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixture Marketing*, Rec. p. I-10549 ; CJCE 9 novembre 2004, aff. C-338/02, *Fixture Marketing*, p. I-10497 ; CJCE 9 novembre, 2004, aff. C-46/02, *Fixture Marketing*, Rec. p. I-10365.

CJUE 12 septembre 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken*, Rec. p. I-08089.

CJCE 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE*, Rec. p. I-11519.

CJCE 17 avril 2008, aff. C-456/06, *Peek & Cloppenburg*, p. I-2750.

CJCE 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing*, Rec. p. I-07565.

CJCE 5 mars 2009, aff. C-545/07, *Apis-Hristovich*, p. I-01627.

CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rec. de jurisprudence, p. I-04529.

CJCE 18 juin 2009, aff. C-487-07, *L'Oréal c. Bellure*, Rec. p. I-05485.

CJCE 1 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq*, Rec. p. I-06569.

CJUE 8 juillet 2010, aff. C-558/08, *Portakabin*, Rec. p. I-06963.

CJUE 18 mars 2010, aff. C-136/09, *Organismos*, Rec. p. I-0003.

CJUE 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *Google AdWords*, Rec. p. I-02417.

CJUE 7 décembre 2010, aff. jtes C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Hotel Alpenhof*, Rec. p. I-12527.

CJUE 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, Rec. p. I-13971.

CJUE 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, Rec. p. I-06011.

CJUE 22 septembre 2011, *Interflora*, aff. C-323/09, Rec. p. I-08625.

CJUE 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, Football *Association Premier League e.a*, Rec. p. I-09083.

CJUE 24 novembre 2011, aff. C-70/10 *Scarlet Extended*, Rec. général, p. I-11959.

CJUE 24 novembre 2011, aff. C-283/10, *Circul Globus Bucureşti*, p. I-12031.

CJUE 1er décembre 2011, aff. C-145/10, *Painer*, Rec. p. I-12533.

CJUE 17 janvier 2012, aff. C-302/10, *Infopaq II.*, Rec. général.

CJUE 6 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM*, Rec. général.

CJUE 9 février 2012, aff. C-277/10, *Luksan*, Rec. général.

CJUE 15 mars 2012, aff. C-135/10, *Del Corso*, Rec. général.

Tribunal de l'Union européenne, 29 mars 2012, aff. T-336/07, Telef6nica et Telef6nica de Espanā c. Commission, Rec. général, point 150.

CJUE 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute*, Rec. général.

CJUE, 21 juin 2012, aff. C-5/11, *Donner*, Rec. général.

CJUE 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft*, Rec. général.

CJUE 18 octobre 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco*, Rec. général.

CJUE 7 mars 2013, aff. C-607/11, *ITV Broadcasting e.a*, Rec. général.

CJUE 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb*, Rec. général.

CJUE 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson e. a*, Rec. général.

CJUE 27 février 2014, aff. C-351/12, *OSA*, Rec. général.

CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rec. général.

CJUE 10 avril 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam e. a*, Rec. général.

CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain,* Rec. général.

CJUE 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater*, Rec. général.

CJUE 5 juin 2014, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association*, Rec. général.

CJUE 11 septembre 2014, aff. C-291/13, *Papasavvas*, Rec. général.

CJUE 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Ryanair,* Rec. général.

CJUE 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters*, Rec. général.

CJUE 26 mars 2015, aff. C-279/13, *C More Entertainment*, Rec. général.

CJUE, 1 octobre 2015, aff. C-230/14, *Weltimmo*, Rec. général.

CJUE 29 octobre 2015, aff. C-490/14, *Verlag Esterbauer*, Rec. général.

CJUE 31 mai 2016, aff. C-117/15, *Reha training*, Rec. général.

CJUE 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media,* Rec. général.

CJUE 16 novembre 2016, aff. C-301/15, *Soulier et Doke*, Rec. général.

CJUE 26 avril 2017, aff. C-527/15, *Stichting Brein*, Rec. général.

CJUE 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Ziggo*, Rec. général.

CJUE 7 août 2018, aff. C-161/17, *Renckhoff*, Rec. général.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 18 décembre 2012, n°3111/10, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, point 50.

CEDH 4 décembre 2018, n°11267/16, Magyar Jeti Zrt c. Hongrie.

Autres juridictions *(par pays)*

Allemagne

Oberlandesgericht Hamburg, 4 mai 2006, aff. 312 O 324/04.

BGH, 17 Juillet 2013, *Paperboy*, I ZR, 259/00.

Landgericht Berlin 92 O 5/14, 19 février 2016, *VG Media/Google*.

BGH, 21 septembre 2017, I ZR 11/16.

Belgique

CA de Bruxelles 5 mai 2011, *Google c. Copiepresse*.

Canada

Crookes c. Newton, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269.

Etats-Unis

Search King, Inc. v. Google Tech., Inc., No. CIV-02-1457-M, W.D. Okla. May 27, 2003.

France

Cass. Ass. plén., n°86-11918, 30 octobre 1987, *Microfor*.

Cass. civ, 22 janvier 1991, n°15-15617 *Fabris c. Loudmer*.

Tribunal de commerce de Nanterre, Ordonnance de référé, 8 novembre 2000.

Tribunal de commerce de Paris, ord. de référé du 26 décembre 2000.

TGI Paris, 5 septembre 2001, *Cadreemploi c. Keljob*.

CA de Paris, 25 mai 2001, *Keljob c. Cadremploi*.

TGI Nanterre, *Viaticum et Luteciel c. Google France*, 13 oct. 2003.

Conseil constitutionnel, décision 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO du 22 juin 2004.

TGI de Nanterre, ordonnance de référé du 16 novembre 2004, *Hôtels Méridiens c. Google France*.

Tribunal de Nanterre, 17 janvier 2005, *Accor c. Overture*.

TGI de Paris, 8 décembre 2005, *Kertel c. Google France, Google Inc. et Carterphone ?*

CA Versailles, 2 novembre 2006, *Sté Overture c. Sté Accor*.

CA Paris, 17 novembre 2006, *Association Greenpeace c. Sté Areva*.

Cass. Com., 20 mai 2008, n° 06-20.230, *Google France, Google inc c. Louis Vuitton Malletier*.

Cass. Com., 20 mai 2008, n°05-14.331, *Google France c. Viaticum et Luteciel*.

Cass. com., 20 mai 2008, n° 06-15.1336, *Google France et Tiger c. CNRRH, Thonet et Rabouin*.

CA de Paris, *SAIF c. Google*, 26 janvier 2011.

TGI de Paris, 1 février 2011, *Adenclassifieds c. Solus'immo*.

CA de Paris, 4 février 2011, *Google c. Auféminin.com*.

Cass. civ, n° 11-20480, 31 octobre 2012.

TGI Paris, 26 janvier 2012 *Pressimo on Line c. Solus Immo, Yakaz, Gloobo*.

Cass. civ, 12 juillet 2012, n° 11-15.165 et n° 11-15.188, Auféminin.com et Google.

TGI de Paris, 6 novembre 2013, *Max Mosley c. Google Inc et Google France*, 2013.

TGI de Paris, réf., 8 novembre 2013, *Association des producteurs de cinéma [APC], Fédération nationale des distributeurs de films [FNDF], Syndicat de l'édition vidéo numérique [SEVN] et a. c/ Auchan Telecom et a*.

Cass. com, 10 février 2015, n° de 12-26023, *Ryanair c. Opodo*.

CA de Paris, 2 février 2016, *SAS Playmédia c. SA France Télévisions*.

Conseil d'État, 24 février 2017, n° 391000, 392768, 399999,401258, Mme C, M.F, M.H, M.D.

Norvège

Supreme Court of Norway, january 2005, Napster.no, 2006IIC 37.

INDEX

(*Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe*)

Allemagne 92, 175, 294, 295, 297, 388, 432, 686, 837
Caching 119, 125, 126, 132, 134, 143, 144, 515, 517, 560, 652, 700
CNIL 748, 757
Concurrence déloyale 43, 169
Condition d'accès (site web)
  Paywall 224, 251, 267, 366
  Protocole d'exclusion 190
    Robot.txt 224, 366
Connaissance de l'illicéité
  Construite 369
  Effective 269, 332, 575
  Notification 134, 266, 307, 332, 369, 581, 369, 581, 589, 595-600, 307, 603
Cour européenne des droit de l'homme 420, 810
Création automatique de liens 32, 126, 134-142, 147, 150, 160, 169, 256, 258, 263, 271, 273, 277, 278, 283, 284, 304, 313, 381, 471, 697, 874, 876
Contenus à caractère terroriste 586, 587, 598, 621
Désinformation en ligne (rôle de l'hyperlien) 803
DMCA (Digital Millenium Copyright Act). 503, 520, 582, 671, 679, 695, 696
Droit international
  ADPIC 137, 190, 209, 320
  Convention de Berne 137, 190, 209, 245, 246, 318-320, 448
  OMPI. 137, 190, 209, 212, 318, 320, 137
Droit moral de l'auteur 115
Droit négocié 581
Espagne 34, 294-297, 356, 432, 522, 679, 691
Extrait
  Fragment. 111, 389, 395, 398
  Snippet. 17,80, 257, 271, 389
Filtrage
  Préventif. 612-619, 622, 528
  Proactif. 603, 610, 613, 631, 635
  Surveillance Généralisée. 584, 593, 605, 607, 616
G29. 724, 729, 743, 757, 767
GAFA 149, 708, 714
Google 45, 61, 71, 72, 78, 82, 86, 88, 98-92, 102, 105, 107, 113, 144, 153, 175, 178, 267, 283, 284, 294, 295, 309, 351, 356, 388, 408, 504, 529-531, 535-544, 549, 562-567, 571, 642, 650-657, 720-723, 669, 673-676, 705-716, 728-734, 740-757, 770, 771, 776, 801-805, 810-820, 825-841, 845, 856, 870-875
HTML 23, 30, 57, 64, 146, 175, 178, 190, 196
Intention lucrative 191, 238-242, 254, 261-266, 307, 318, 330, 335, 350, 351, 352, 369, 375-377
Intérêt
  Économique 180, 738, 764, 841
Librement disponible (œuvre) 204, 219, 229, 304, 322
Loyauté des plateformes 754, 776, 852, 858, 862, 869
Marché intérieur
  Fragmentation 87, 94, 297, 333, 776, 859
Neutralité 92, 106, 108, 119, 143, 169, 199, 209, 422, 429, 497, 530-539, 544, 551, 566, 567, 571, 577, 609, 642, 648, 654, 662, 672, 673, 676, 693, 702, 705, 713, 728, 730, 739, 856, 875
Nom de domaine 23, 44, 53, 269, 760, 761
Notion autonome 246
Notion de communication au public
  Critère de qualification
    Caractère lucratif. 232
    Communication seconde. 214, 220, 221, 232, 261, 264, 269, 318, 424, 426
    Mode technique spécifique 217, 232
    Rôle incontournable de l'utilisateur 230, 232, 416

Publicité 33,76, 77, 83, 86, 88, 92, 93, 100, 241, 369, 634, 821, 831, 837
Espace publicitaire. 33, 97, 242, 325, 531
Radiodiffusion 209, 247-252
Règlement général sur la protection des données 41, 712, 722, 731, 734, 744-747, 753, 754, 862
Réseau social 3, 8, 15-20, 30, 31, 48, 50, 149, 171, 256, 395, 397, 402, 410, 412, 431, 447, 550, 551, 585, 592, 606, 618, 648, 653, 655, 677, 690, 703-710, 729, 752, 785, 791-793, 803, 814, 867, 873, 876
Responsabilité (pour contrefaçon)
Directe 333
Indirecte 329, 333, 334, 368, 369, 728
Résultats naturels 33, 71, 80-88, 100, 727
Soft law 42, 590
Streaming 19, 141, 250, 269, 667
Technique de liaison
Lien automatique 28, 219
Lien profond 27, 219
Lien simple 53, 178, 219, 361-367, 427,
Transclusion. 202, 219, 252, 253, 286-289, 372-380, 427, 792
Framing 27, 53, 219, 286, 791
In line linking 27, 53
Typologie d'hyperliens 451-464
URL 10, 25, 26, 64-69, 82, 147, 157, 166, 196-198, 388, 389, 741

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ..... **V**

SOMMAIRE ..... **VII**

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS ..... **IX**

RÈGLES GÉNÉRALES DE CITATION ..... **XIII**

INTRODUCTION **1**

Section 1. - L'écosystème de l'hyperlien sur Internet 2

§ 1. - La diversité des usages de l'hyperlien 3

A. Des usages indispensables au fonctionnement du web 3

B. Des usages décriés 5

1° L'hyperlien et l'appropriation des contenus liés *6*

2° L'hyperlien et la circulation des contenus illicites en ligne *8*

§ 2. - La diversité technique de l'hyperlien 9

A. Les formes techniques de l'hyperlien 10

1° L'unité technique de l'hyperlien *10*

2° L'hétérogénéité de la mise en œuvre de la technique de l'hyperlien *11*

a) Les liens internes au site liant *11*

b) Les liens externes au site liant *11*

B. Les différents procédés de création de liens 12

1° La création manuelle de liens *13*

2° La création automatique de liens *13*

Section 2. - La place de l'hyperlien dans le droit européen de la communication par Internet 14

§ 1. - L'hyperlien saisi par le droit de la communication par Internet 15

A. L'applicabilité des textes du droit de la communication par Internet 15

B. L'application des textes du droit de la communication par Internet par la Cour de justice de l'Union européenne 20

§ 2. - La nécessité d'évaluer l'appréhension juridique de l'hyperlien en droit de l'UE 21

PARTIE 1: Une liberté de lier émergente au regard du statut de l'hyperlien en droit européen de la propriété intellectuelle.....28

TITRE 1. - Un statut favorable à la liberté de lier.....30

Chapitre 1. - L'autorisation du titulaire du droit de marque pour la pose d'un lien : un préalable étroitement limité.....32

Section 1. - L'usage d'une marque du fait du lien, un usage rarement constitutif d'une exploitation.....33

§ 1. - La reproduction d'une marque par le lien naturel.....33

§ 2. - Une reproduction remplissant malaisément les conditions nécessaires à l'exploitation d'une marque.....34

A. Une reproduction peu susceptible d'impliquer un usage de la marque dans le cadre de la vie des affaires.....35

B. Une reproduction peu susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque.....38

1° La reproduction d'une marque non renommée par l'hyperlien.....38

2° La reproduction d'une marque renommée par l'hyperlien.....41

Section 2. - L'absence d'exploitation de la marque protégée du fait de la création d'un lien sponsorisé.....44

§ 1. - Une absence d'exploitation initialement incertaine.....44

A. Des incertitudes quant à la responsabilité du créateur de liens sponsorisés.....45

B. Des incertitudes ayant généré des dissonances d'interprétation au sein des États membres.....47

§ 2. - Une absence d'exploitation consacrée par la CJUE.....49

A. Une contrefaçon réalisée exclusivement par l'annonceur sélectionnant le mot clé.....50

B. L'absence de contrefaçon du créateur du lien sponsorisé à défaut d'exploitation de la marque.....52

Chapitre 2. - L'autorisation des titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins pour la pose d'un lien : un préalable requis par exception.....56

Section 1. - Les actes préparatoires à la création automatique de liens : des actes de reproduction licites.....60

§ 1. - Le *crawling*, des reproductions ne nécessitant pas d'autorisation.....60

A. Un système de reproduction technique couvert par le droit de reproduction.....60

B. Des reproductions bénéficiant de l'exception pour « copie provisoire ».....62

1° Une exception bénéficiant au crawling strictement technique.....62

a) L'application de l'exception pour « copie provisoire » au crawling *63*

i. Des conditions d'application délimitées par la CJUE au cours des affaires Infopaq et Meltwater *63*

ii. Des conditions d'application compatibles avec le crawling *66*

b) Une application en principe conforme au « triple test » *69*

2° Une exception inapplicable aux « liens en cache » mais sans conséquence sur la liberté de lier *73*

C. Des reproductions échappant au droit voisin des éditeurs de presse de la directive DAMUN75

1° Le crawling : des reproductions temporaires au cœur de l'enjeu de la répartition de la valeur en ligne *76*

2° Le crawling : des reproductions exemptées du nouveau droit des éditeurs de presse *78*

§ 2. - Des reproductions peu susceptibles de mettre en œuvre le droit *sui generis* sur les bases de données 79

A. Les raisons tenant à l'objet de la protection du droit *sui generis* 79

B. Les raisons tenant au champ d'application du droit *sui generis* 83

Section 2. - La présentation de l'hyperlien : un acte déclenchant de manière limitée l'application du droit d'auteur ou d'un droit voisin 86

§ 1. - Propos liminaires : l'inadmissibilité de la théorie de l'autorisation implicite de lier . 87

A. Une théorie insuffisamment fondée au plan théorique 87

1° Les usages de l'Internet, un fondement instable *87*

2° La théorie de l'épuisement du droit de distribution, un fondement inadapté *92*

B. Une théorie inapplicable de *lege lata* 94

1° Un renversement de la logique du droit exclusif *94*

2° La question de l'étendue de l'autorisation implicite de lier *96*

§ 2. - Une application par exception au regard du régime de l'hyperlien en droit d'auteur 97

A. L'absence de mise en œuvre du droit de reproduction 98

B. L'absence de mise en œuvre du droit de communication au public : un principe pondéré par quelques exceptions 101

1° La licéité d'un lien vers une œuvre mise librement à disposition du public à la suite l'arrêt Svensson *102*

a) Les solutions écartées par la CJUE : le rejet de la logique du « tout ou rien » *103*

i. L'opinion de la SED : le rejet de l'application à l'hyperlien du droit de communication au public *104*

ii. L'opinion de l'ALAI : l'application à l'hyperlien du droit de communication au public *106*

b) La solution retenue par la CJUE : une communication au public ne nécessitant pas d'autorisation à défaut de public nouveau *108*

i. L'hyperlien comme acte de communication au public *108*

ii. L'hyperlien préservé par la condition du « nouveau public » *109*

iii. L'hyperlien contournant des mesures de restriction : le retour du droit exclusif *111*

2° L'illicéité strictement conditionnée d'un lien vers une œuvre illicite *113*

a) Le refus de consacrer l'illicéité du lien renvoyant vers une œuvre illicite *113*

i. Un refus à rebours du critère du « nouveau public » *114*

ii. Un refus motivé par la spécificité de l'hyperlien au regard de la liberté et d'information *117*

b) L'illicéité par exception du lien posé en connaissance du caractère illicite de l'œuvre liée *119*

3° Une harmonisation européenne du droit de communication au public favorable à la liberté de lier *121*

a) Une harmonisation totale du statut du lien au regard du droit de communication au public *122*

b) Une harmonisation valant également pour les droits voisins : l'exemple de la diffusion en direct sur Internet *124*

§ 3. - Une application incertaine en matière de création automatique de liens 127

A. La licéité variable des liens pointant une œuvre illicite 128

a) L'illicéité de l'indexation organisant structurellement l'accès à des œuvres publiées illicitement *128*

b) Une licéité à présumer s'agissant des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information généralistes *131*

B. La licéité contestée de l'utilisation des œuvres liées en marge du lien 133

1° Une utilisation au cœur des enjeux du partage de la valeur en ligne : l'exemple des contenus de presse *134*

2° Une utilisation échappant largement au contrôle des titulaires de droit *135*

a) Un contrôle par le droit d'auteur limité par l'exception de courte citation *136*

i. Le bénéfice incertain de l'exception de citation pour les contenus utilisés en marge de l'hyperlien *136*

ii. Des incertitudes de facto favorables aux moteurs de recherche et agrégateurs d'informations .138

b) Un contrôle inefficace à l'aune du droit sui generis sur les bases de données 139

i. L'application du droit sui generis aux contenus utilisés en marge du lien : l'exemple de l'affaire Innoweb 140

ii. Une application cantonnée par des conditions d'application restrictives 142

3° Une utilisation susceptible d'être couverte par la directive DAMUN 143

a) Des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information ciblés au regard de la genèse du droit 144

i. Des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information ciblés au regard de la finalité du droit 146

ii. Des moteurs de recherche et des agrégateurs d'information ciblés au regard de la structure du droit 147

TITRE 2. - Un statut requérant une construction plus cohérente 156

Chapitre 1. - Une mise en cohérence nécessaire au regard de l'instabilité du régime de l'hyperlien 158

Section 1. - La reconstruction du régime de l'hyperlien au regard du droit de communication au public 159

§ 1. - Un régime source d'incohérences pour l'hyperlien et le droit d'auteur 159

A. L'inconsistance du critère du « public nouveau » pour le régime de l'hyperlien 160

1° Un critère contraire au droit international et européen du droit d'auteur 160

2° Un critère globalement défaillant 162

a) Une défaillance théorique 163

b) Une défaillance quant à son applicabilité 165

B. L'inconsistance de la condition de connaissance de l'illicéité de l'œuvre liée 166

1° La dénaturation de l'acte de communication au public par sa subjectivation 167

2° Une harmonisation forcée de la responsabilité du fait du renvoi vers une œuvre illicite 168

3° La portée incertaine d'une responsabilité assujettie à condition de la « connaissance de l'illicéité » 170

§ 2. - Un régime susceptible d'une approche plus respectueuse du droit d'auteur et de la liberté de lier 172

A. L'impossibilité d'un régime de liberté reposant sur la prééminence du droit de communication au public 173

1° Une approche impliquant de reconnaître l'hyperlien per se comme acte de communication au public *173*

2° Une approche échouant à concilier le droit exclusif avec la liberté de lier *175*

a) Les exceptions au droit d'auteur, un mauvais moyen de conciliation *175*

i. Liberté de lier et exception de lege lata *175*

ii. Liberté de lier et exception de lege ferenda *177*

b) La licence légale, un moyen de conciliation irréaliste *179*

B. La possibilité d'un régime fondé sur la prééminence de la liberté de lier, dans le respect du droit exclusif 182

1° Un régime de liberté réservé aux liens n'exprimant pas la forme de l'œuvre *182*

a) Une indisponibilité de la forme de l'œuvre valant absence d'exploitation dans le cas des liens simples *183*

b) Le traitement spécifique des liens simples reconnus comme illicites en droit positif *185*

i. L'encadrement des liens contournant des mesures techniques par l'article 6 de la directive « InfoSoc » *185*

ii. L'encadrement des liens simples renvoyant vers des contenus illicites *186*

2° Un régime de liberté relative pour les liens exprimant la forme de l'œuvre *189*

a) Les liens transclusions : un acte communication au public par principe *190*

b) Les liens transclusion : entre communication au public et exception au droit d'auteur *191*

Section 2. - Une construction nécessitant une articulation claire avec la directive DAMUN 194

§ 1. - Une proposition s'articulant progressivement avec la liberté de lier 195

A. Une proposition initiale en contradiction avec la liberté de lier 195

1° Une exclusion de l'hyperlien affirmée par le considérant 33 de la proposition *195*

2° Une exclusion relative au regard de l'étendue du champ d'application de la proposition *196*

B. Une proposition modifiée plus cohérente au regard de la liberté de lier 198

1° Une délimitation plus précise du périmètre du droit voisin favorable à la liberté de lier *199*

2° Une délimitation laissant subsister certains flous quant à l'exclusion des hyperliens *201*

§ 2. - Les paramètres d'une articulation cohérente du nouveau droit voisin des éditeurs de presse avec la liberté de lier 202

A. Un fondement précis : l'appréhension d'un effet de substitution entre les publications de presse et les hyperliens agrégés 202

B. Un champ d'application personnel du droit voisin restreint aux agrégateurs d'information. 205

Section 3. - Une construction impliquant de reconnaître le caractère variable de la communication du fait de l'hyperlien 207

§ 1. - Une liberté de lier tenant à la fonction de relais assumée par l'hyperlien 207

A. Une fonction se déduisant des critères développés par la CJUE en matière de communication au public 208

B. Une fonction se déduisant du rôle indispensable de l'hyperlien dans l'exercice de la liberté d'expression 209

§ 2. - Des limites à la liberté de lier tenant à l'autonomie de l'hyperlien eu égard au contenu lié 211

A. La substitution à l'identique de l'hyperlien et du contenu protégé 212

B. L'intention du poseur de liens de permettre l'accès effectif à des contenus illicites 213

C. La création d'une forme nouvelle se substituant aux contenus liés 215

Chapitre 2. - Une mise en cohérence ouvrant sur la protection des hyperliens par le droit d'auteur et les droits voisins *219*

Section 1. - La portée limitée d'une protection de l'hyperlien par le droit d'auteur 222

§ 1. - La difficile détermination de l'œuvre protégeable pour les liens créés manuellement 222

A. L'absence de concrétisation d'une œuvre à partir d'un simple hyperlien 223

B. L'identification incertaine d'une œuvre dans le cas des liens agrégés manuellement 224

§ 2. - La protection des liens agrégés automatiquement : une protection limitée 226

A. Des limites tenant à l'objet de la protection : la structure de la base d'hyperliens 227

B. Des limites tenant aux incertitudes entourant l'originalité de la structure de la base de liens 228

Section 2. - La suffisance d'une protection par le droit *sui generis* sur les bases de données 232

§ 1. - L'application du droit *sui generis* à l'agrégation de liens 233

A. Un droit exclusif sur un investissement substantiel lors de la création de la base d'hyperliens 233

B. Un droit exclusif permettant d'interdire la reconstitution d'une base d'hyperliens 235

§ 2. - La protection des hyperliens par le droit *sui generis*, une protection privative appropriée 239

A. Une protection justifiée par l'autonomie informationnelle des liens agrégés au sein d'une base de données 240

B. Une protection restreinte en adéquation avec la liberté de lier 241

PARTIE 2: Une liberté de lier encadrée de manière différenciée quant à la diffusion de l'information 248

TITRE 1. - Un encadrement par la responsabilité du fait du contenu lié ... 251

Chapitre 1. - L'application du régime de responsabilité limitée des intermédiaires d'Internet aux fournisseurs de liens 252

Section 1. - Un régime étendu aux intermédiaires fournisseurs de liens 254

§ 1. - Une extension en marge de la lettre de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique 254

A. Des régimes de responsabilité de la directive 2000/31/CE n'intégrant pas la fourniture de liens 254

1° Des régimes réservés aux fournisseurs d'accès, aux fournisseurs de cache ou aux fournisseurs d'hébergement 255

2° Les contre-exemples au sein des Etats membres : la responsabilité limitée des fournisseurs de liens et des moteurs de recherche 258

B. Le rôle déterminant du régime de responsabilité du fournisseur de liens pour la liberté de lier 259

§ 2. - Une extension mesurée du régime de responsabilité limitée des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens 262

A. Une extension fondée sur la décision AdWords de la CJUE en matière de liens commerciaux 262

1° Le fournisseur de liens commerciaux, un prestataire intermédiaire pouvant bénéficier de la qualification d'hébergeur 262

2° Le contour de la notion de prestataire intermédiaire neutre au regard de la jurisprudence de la CJUE 265

B. Une extension de portée relative à l'égard des prestataires intermédiaires fournissant des hyperliens 268

1° L'exclusion du lien créé en dehors de tout processus automatique et technique 268

2° Une extension couvrant les plateformes fournissant des liens posés par leurs utilisateurs 269

a) Une extension cohérente au regard droit positif 270

b) Une extension contestée au regard de la notion d'hébergement *272*

c) Une extension devant être articulée avec le régime des plateformes en droit d'auteur *273*

3° Une extension précaire s'agissant des moteurs de recherche *274*

a) Une extension s'écartant de la lettre de la directive *274*

b) Une extension admise par la Commission européenne et certaines juridictions nationales *276*

Section 2. - Un régime de responsabilité en adéquation avec la liberté de lier 280

§ 1. - La mise en jeu conditionnelle de la responsabilité des fournisseurs automatiques de liens du fait de l'illicéité des contenus liés 281

A. Les conditions d'exonération de responsabilité en adéquation avec la liberté de lier 281

1° L'absence de responsabilité à défaut de connaissance du caractère illicite du contenu lié *282*

2° L'absence de responsabilité en cas de prompt déréférencement d'un contenu connu comme illicite *284*

a) Le contour de l'obligation de prompt déréférencement *284*

b) Les enjeux du prompt déréférencement au regard de la liberté de lier *289*

B. Des moyens permettant de prendre connaissance de l'illicéité du contenu lié en adéquation avec la liberté de lier 290

1° La détection des contenus liés par le fournisseur de liens lui-même *290*

2° La notification de l'illicéité des contenus liés par un tiers *293*

§ 2. - La participation mesurée des fournisseurs automatiques de liens à la lutte contre la diffusion de contenus illicites 296

A. Le filtrage des contenus liés : un conflit possible avec la liberté de lier 296

1° Un filtrage excluant une surveillance générale et active des contenus liés *296*

2° Le filtrage ciblé des contenus liés : une source de danger pour la liberté de lier *298*

B. Un filtrage encadré, limitant les interférences avec la liberté de lier 302

1° Un filtrage strictement limité des contenus liés au regard de la jurisprudence de la Cour de justice *302*

a) Un déréférencement limité dans le temps, ciblé et curatif, respectant l'équilibre des droits fondamentaux *303*

b) Un déréférencement selon des modalités choisies par l'intermédiaire, sous réserve d'efficacité *306*

c) L'imputation incertaine du coût du déréférencement *308*

2° Un filtrage soumis à des mesures de contrôle permettant la protection des utilisateurs des hyperliens *309*

a) Un contrôle par le juge en cas de déréférencement opéré dans le cadre d'une action en cessation *310*

b) Un contrôle par des mesures de sauvegarde et de transparence dans le cadre d'un déréférencement proactif *311*

Chapitre 2. - La nécessaire clarification du régime de responsabilité applicable aux intermédiaires fournisseurs de liens *316*

Section 1. - L'application contestée du régime de responsabilité des hébergeurs aux intermédiaires fournisseurs de liens 317

§ 1. - Une contestation directe portant sur le bénéfice de la responsabilité limitée des hébergeurs 317

A. L'argument de la non neutralité des intermédiaires fournisseurs de liens 317

B. Un argument initialement repris par la proposition de directive DAMUN 322

1° Une définition du rôle actif divergeant de l'approche de la CJUE *323*

2° Une définition du rôle actif susceptible d'impliquer la responsabilité des intermédiaires fournisseurs de liens *325*

§ 2. - Une contestation indirecte portant sur la marginalisation accentuée des contenus liés illicites 326

A. La piste d'un sur-référencement de certains contenus licites 326

B. Une piste se heurtant à des obstacles pratiques et juridiques 327

Section 2. - Plaidoyer pour la consécration d'un régime de responsabilité limitée des fournisseurs de liens 329

§ 1. - Les fondements de la consécration d'un régime de responsabilité limitée pour les fournisseurs de liens 330

A. La qualité de prestataire intermédiaire des fournisseurs de liens 330

B. Les finalités recherchées par les limitations de responsabilité spécifiques à la fourniture de liens 332

1° La protection d'une activité indispensable à la circulation de l'information sur Internet *332*

2° L'harmonisation d'un régime de responsabilité faisant l'objet d'approches divergentes au sein des États membres *334*

§ 2. - La définition d'un régime cohérent au regard de la directive 2000/31/CE 336

A. Les activités concernées par la création d'un régime de responsabilité limitée 337

B. Des conditions d'exonération de responsabilité calquées sur celles des hébergeurs 339

1° Une proposition réaliste quant à sa mise en œuvre 339

2° Des propositions alternatives insatisfaisantes au regard de la cohérence du droit 341

TITRE 2. - Un encadrement par la régulation de l'activité d'ordonnancement des liens.....348

Chapitre 1. - L'ordonnancement des liens : une activité spécifique régulée par des initiatives ciblées 350

Section 1. - Une spécificité mise en évidence dans le cadre du droit au déréférencement des données à caractère personnel.....352

§ 1. - Propos liminaires : présentation générale de l'arrêt Google Spain 352

§ 2. - L'origine de la spécificité : le moteur de recherche, responsable d'un traitement autonome de données personnelles 355

A. Une responsabilité découlant de la représentation par les liens agrégés d'un contenu relatif à une personne 355

B. Une responsabilité ne remettant pas en cause la qualité de prestataire intermédiaire de certains fournisseurs de liens 360

§ 3. - Les conséquences de la spécificité : le régime *sui generis* du droit au déréférencement 362

A. Un droit au déréférencement reposant sur des obligations particulières à la charge des fournisseurs de liens 362

1° Des obligations de déréférencement modérées fixées par l'arrêt Google Spain 363

a) Le contenu des obligations de déréférencement 363

b) Des obligations équilibrées, compatibles avec l'activité d'ordonnancement de liens 366

2° Des obligations à clarifier au regard de la spécificité de l'activité d'ordonnancement de liens 368

a) Vers une obligation renforcée de déréférencement en matière de données dites « sensibles » ...369

b) Vers une limitation des obligations concernant la portée territoriale du déréférencement 372

B. Un droit au déréférencement limité de manière relative par le droit du public à l'information 376

Section 2. - Une spécificité encadrée de manière limitée dans le cadre de la régulation des plateformes en ligne 380

§ 1. - Un encadrement émergent des pratiques discriminatoires concernant le référencement des contenus liés 382

A. Des initiatives visant la protection des fournisseurs de contenus 382

B. Des initiatives visant la protection des consommateurs 385

1° Une protection s'exprimant principalement par des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales 385

2° Une protection susceptible de s'exprimer marginalement dans le cadre de la directive SMA 387

§ 2. - Un encadrement de portée limitée au regard du champ d'application des initiatives européennes 390

A. Un champ d'application essentiellement économique 390

B. Un champ d'application excluant largement les enjeux relatifs à la liberté d'expression et d'information 393

1° Un droit fondamental impliquant une protection des utilisateurs finaux et des fournisseurs de contenus 393

a) Une protection des utilisateurs finaux au titre de la liberté d'information 393

b) Une protection des fournisseurs de contenus au titre de la liberté d'expression 396

c) Une protection ayant pour enjeu la préservation de la liberté de lier dans sa fonction 397

2° Un droit fondamental ne protégeant pas l'ordonnancement des liens 398

Chapitre 2. - La perspective d'une régulation transversale de l'ordonnancement des liens 403

Section 1. - Le droit de la concurrence, un moyen de contrôle relatif sur les discriminations à l'endroit des contenus liés 405

§ 1. - Les difficultés d'application du droit de la concurrence aux activités d'ordonnancement de liens (moteurs de recherche et médias sociaux) 405

A. La portée limitée de l'article 101 TFUE 406

B. La portée incertaine de l'article 102 TFUE 408

1° L'affaire Google Search : l'application de l'article 102 du TFUE à un ordonnancement de liens 408

2° L'affaire Google Search : un cas isolé d'application de l'article 102 du TFUE à un ordonnancement de liens ? 412

§ 2. - Des difficultés exacerbées par des limites intrinsèques au droit de la concurrence . 414

A. Des limites relatives aux procédures du droit de la concurrence 415

B. Des limites relatives à la finalité du droit de la concurrence 417

Section 2. - Vers des obligations visant à garantir la liberté d'expression et d'information dans le cadre de l'ordonnancement des liens 419

§ 1. - L'impossible extension du principe de neutralité du net à l'ordonnancement des liens 420

A. Un principe visant à garantir le droit des utilisateurs finaux d'accéder et de diffuser les informations de leur choix 421

B. Un principe difficilement conciliable avec la spécificité de l'activité d'ordonnancement des liens 423

§ 2. - La perspective cohérente d'une obligation de transparence dans l'ordonnancement des liens 425

A. L'intérêt de l'obligation de transparence au regard de la protection de la liberté d'expression et d'information 425

B. Le contenu de l'obligation de transparence à l'aune de l'exigence de cohérence 427

CONCLUSION GÉNÉRALE 437

BIBLIOGRAPHIE 444

TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE 474

INDEX 479

TABLE DES MATIÈRES 481

UNIVERSITE BRETAGNE DROIT ET LOIRE SCIENCE POLITIQUE

UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Titre : L'appréhension des hyperliens en droit de l'Union européenne

Mots clés : liberté de lier ; propriété intellectuelle ; partage de la valeur ; déréférencement ; intermédiaires de l'Internet ; moteurs de recherche.

Résumé : L'hyperlien est une ressource qui permet de relier entre eux des documents textuels et sonores ou des images fixes ou animées, publiés sur le World Wide Web. Il est ainsi devenu le moyen standard par lequel les internautes, les éditeurs de contenus ou les moteurs de recherche élaborent et diffusent des informations. De prime abord, le rapport entre l'hyperlien et le droit de l'Union européenne peut paraître diffus. Pourtant, l'hyperlien soulève une série d'enjeux juridiques qui justifie de poser la question de son appréhension en le droit de l'UE. D'un côté, la liberté de lier est indispensable au fonctionnement du web et l'hyperlien est, à ce titre, l'un des vecteurs de la liberté d'expression et d'information en ligne. On peut donc s'attendre à ce que le droit de l'UE favorise, voire protège la création d'hyperliens. D'un autre côté, certains usages de l'hyperlien sont décriés. La création de liens repose souvent sur l'utilisation d'objet protégés par le droit de la propriété intellectuelle et se trouve, ainsi, au cœur du phénomène d'appropriation de la valeur en ligne. L'hyperlien participe également activement à la dissémination sur Internet de contenus illicites ou préjudiciables, en opposition avec le droit de l'UE.

Au vu de ces enjeux, l'ambition de cette étude est d'évaluer en quoi, et dans quelle mesure, le droit de l'UE permet de délimiter de manière cohérente la liberté de lier et ses limites. Afin de le découvrir, notre thèse s'emploie dans un premier temps à démontrer l'émergence d'une liberté de lier au regard du droit européen de la propriété intellectuelle. Puis, dans un second temps, nous établissons que cette liberté est encadrée de manière différenciée concernant la diffusion d'informations du fait du lien. L'appréhension de l'hyperlien par le droit de l'UE achoppe toutefois sur le terrain de la cohérence. Afin d'y remédier, des propositions normatives visant à rétablir la stabilité du droit jalonnent cette étude.

Cette thèse fournit ainsi un socle de compréhension et de réflexion, commun à l'Union européenne, quant à l'application du droit à l'hyperlien.

Title : The understanding of hyperlinking in European Union law

Keywords : Freedom to link ; intellectual property ; value gap ; delisting ; Internet intermediaries ; search engines.

Summary : Hyperlinking is a way to connect texts, sounds, images or videos published on the World Wide Web. It is now the standard way through which Internet users, content editors or search engines create and communicate information. *Prima facie*, the relation between hyperlinking and European Union law does not appear to be self-evident. Yet, hyperlinking raises a range of legal issues that challenge its apprehension by EU law. In the one hand, freedom to link is essential to the functioning of the Web. As such, it is an important means to exercise the freedom of expression and information online. Thus it can be expected from EU law to promote or protect hyperlinking. On the other hand, some hyperlinking uses are criticized : the creation of links frequently implies contents protected by intellectual property. Accordingly, linking is at the heart of the "value-gap" phenomenon. Hyperlinking also contributes to the dissemination of illegal or harmful content online, in opposition with EU law.

Regarding these issues, the purpose of this study is to assess how and in what extent EU law delimits in a coherent way the freedom to link and its limits. In order to answer this question, we will first demonstrate the emergence of a freedom to link regarding european intellectual property law. Then, we will establish that this freedom is structured in a differentiated manner concerning the diffusion of information through the link. The application of EU law to hyperlinking is however facing problems regarding the coherence of the law. To solve this problem, proposals aimed at restoring the stability of EU law will punctuate this study.

This study thus provides a basis for understanding and thinking, common to the European Union, regarding the application of the law to hyperlinking.