



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 10 septembre 2020¹

Affaire C-392/19

**VG Bild-Kunst
contre
Stiftung Preußischer Kulturbesitz**

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Propriété intellectuelle – Droit d’auteur et droits voisins dans la société de l’information – Directive 2001/29/CE – Article 3, paragraphe 1 – Notion de “communication au public” – Intégration d’une œuvre protégée par le droit d’auteur par le procédé de transclusion (*framing*) – Œuvre librement accessible avec l’autorisation du titulaire du droit d’auteur sur le site Internet d’un licencié – Article 6 – Mesures techniques efficaces – Directive 2014/26/UE – Gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins – Article 16 – Conditions d’octroi de licences – Clause du contrat d’exploitation exigeant du licencié d’introduire des mesures techniques efficaces contre la transclusion »

Introduction

1. Les héros de la saga cinématographique de George Lucas *Star Wars* étaient capables de se déplacer dans l’« hyperspace » à des vitesses superluminiques à l’aide de l’« hyperpropulsion ». De manière semblable, les utilisateurs d’Internet peuvent « voyager » dans le « cyberspace » à l’aide de liens hypertextes. Si ces liens ne défont pas *les lois* de la physique comme le faisait l’hyperpropulsion des vaisseaux de *Star Wars*, ils présentent néanmoins un certain nombre de défis du point de vue de *la loi* et notamment du droit d’auteur. Ces défis ont été déjà partiellement relevés, entre autres, dans la jurisprudence de la Cour. La présente affaire donnera l’occasion de revoir et de compléter cette jurisprudence.

2. En pensant à Internet, il est commun de se référer en réalité à une seule fonctionnalité de ce réseau, probablement la plus utilisée : le *World Wide Web*, autrement dit la Toile ou le « réseau mondial ». Ce réseau est composé d’unités d’information et de ressources contenues sur des pages Internet (*web page*). Une page Internet est un document écrit dans le langage HTML (*hypertext markup language*) et contenant éventuellement d’autres ressources annexes, notamment des images ou des fichiers audiovisuels ou textuels. Un ensemble structuré de pages Internet et d’éventuelles autres ressources publiées par un propriétaire et hébergées sur un ou plusieurs serveurs constitue un site Internet (*website*).

¹ Langue originale : le français.

3. Lors de la consultation d'un site Internet, l'ordinateur crée une connexion avec le ou les serveurs sur lesquels ce site est hébergé, en demandant les informations constituant le site. Une copie de ces informations est alors envoyée et enregistrée (provisoirement) dans la mémoire intermédiaire ou « mémoire cache » de l'ordinateur. Ces informations peuvent être lues et restituées sur l'écran de l'ordinateur grâce à un logiciel spécial, un navigateur Internet.

4. Chaque ressource sur la Toile, c'est-à-dire chaque fichier, page et site Internet, possède un identifiant unique nommé URL (*uniform resource locator*), qui constitue une sorte d'« adresse Internet »². La page vers laquelle mène l'adresse d'un site Internet est nommée page d'accueil (*home page*). Il y a deux moyens d'accéder à une ressource sur la Toile en utilisant l'adresse URL. Le premier moyen consiste à entrer cette adresse dans la fenêtre adresse du navigateur et, le second, en cause dans la présente affaire, à utiliser un lien hypertexte.

5. Ce qui « tisse la Toile » (*webbing the Web*), ce sont les liens hypertextes ou hyperliens (*hypertext links*). Ils permettent d'accéder, en partant d'un site Internet, directement aux ressources présentes sur un autre site. Ce sont en fait les hyperliens qui constituent l'essence même de la Toile et la différencient, par exemple, de la bibliothèque d'Alexandrie. La Cour a reconnu dans sa jurisprudence l'importance des liens hypertextes pour le fonctionnement de la Toile et la liberté de parole à laquelle celle-ci contribue³.

6. Un lien hypertexte est une instruction pour le navigateur d'aller rechercher des ressources sur un autre site Internet. Il exprime en langage HTML l'adresse URL de la ressource cible et le texte ou l'image qui symbolise le lien sur la page Internet d'origine⁴, ainsi que, éventuellement, d'autres éléments, tels que la façon d'ouvrir la ressource cible sur écran. Un lien nécessite normalement d'être activé (cliqué) pour fonctionner.

7. Un lien simple comporte uniquement l'adresse URL du site auquel il renvoie, c'est-à-dire de sa page d'accueil. Après le clic sur le lien, cette page s'ouvre soit à la place de la page où se trouvait le lien, soit dans une nouvelle fenêtre. La fenêtre d'adresse du navigateur référence l'adresse URL du nouveau site, de sorte que l'utilisateur est conscient d'avoir changé de site. Il existe cependant d'autres types de liens.

8. Le lien dit « profond » (*deep link*) conduit non pas vers la page d'accueil du site cible, mais vers une autre page de ce site, voire vers une ressource spécifique contenue sur cette page, par exemple un fichier graphique ou textuel⁵. En effet, chaque page et chaque ressource ont une adresse URL qui peut être utilisée dans le lien au lieu de la seule adresse principale du site. Un lien profond ignore l'ordre supposé de la navigation sur le site cible, en contournant sa page d'accueil. Cependant, dans la mesure où l'adresse URL d'une page Internet contient normalement le nom du site, l'utilisateur est toujours informé du site qu'il est en train de consulter.

9. Une page Internet peut contenir d'autres ressources que du texte, notamment des fichiers graphiques ou audiovisuels. Ces fichiers ne forment pas des parties intégrantes du document HTML constituant la page, mais y sont liés. L'incorporation (*embedding*) de ces ressources se fait à l'aide d'instructions spécifiques qui existent dans le langage HTML à cette fin. Par exemple, pour incorporer une image, il existe la balise « image » (« »)⁶. Normalement, cette balise est utilisée pour

2 Pour retrouver les ressources sur Internet, ces adresses URL doivent être converties, à l'aide des serveurs DNS (*domain name server*), en adresses IP (*Internet protocol*) des serveurs hébergeant ces ressources. Cette opération est sans importance du point de vue du droit d'auteur.

3 Arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, point 45).

4 Un lien hypertexte est normalement formulé de la manière suivante : « [la description du lien sur la page d'origine] ». La balise (« tag ») <a> indique qu'il s'agit d'un lien et l'endroit de la page auquel le lien est « ancré ».

5 Les références à la jurisprudence de la Cour dans les présentes conclusions (en version électronique) sont des exemples de liens profonds.

6 D'autres balises existent pour incorporer d'autres types de fichiers, comme « <audio> », « <video> », « <object> » ou « <embed> ».

incorporer sur une page Internet un fichier graphique stocké sur le même serveur que cette page (fichier local). Il suffit cependant de remplacer, dans l'attribut « source » de la balise « image », l'adresse d'un fichier local (« URL relative ») par celle d'un fichier contenu sur un autre site Internet (« URL absolue ») pour l'incorporer, sans devoir le reproduire, sur sa propre page Internet⁷.

10. Cette technique utilise la fonctionnalité d'un lien hypertexte, c'est-à-dire que l'élément, par exemple une image, est affiché dans le navigateur à partir de son emplacement d'origine (le site Internet cible), il n'est donc pas reproduit sur le serveur du site sur lequel il apparaît. Cependant, l'élément incorporé s'affiche automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de cliquer sur un quelconque lien. Du point de vue de l'utilisateur, l'effet est identique à celui d'un fichier contenu sur la même page sur laquelle il apparaît. Cette pratique est connue sous l'appellation d'*inline linking* ou de *hotlinking*.

11. Le *framing* est une technique qui permet de diviser l'écran en plusieurs parties, dont chacune peut afficher, de manière autonome, une page ou une ressource Internet différente. Ainsi, sur une partie de l'écran peut être affichée la page Internet d'origine et, sur l'autre, une page ou une autre ressource provenant d'un autre site. Cette autre page n'est pas reproduite sur le serveur du site encadrant, mais est consultée directement à l'aide d'un lien profond. L'adresse URL de la page cible de ce lien est souvent dissimulée, de sorte que l'utilisateur peut avoir l'impression de consulter une seule page Internet, alors qu'il en consulte en fait deux (ou plus).

12. Le *framing* est actuellement considéré comme obsolète et a été abandonné dans la dernière version du langage HTML (HTML5). Il a été remplacé par l'*inline frame*⁸, qui permet de placer une ressource externe, telle qu'un site Internet, une page, voire un élément d'une page Internet provenant d'un autre site dans un cadre dont les dimensions et l'emplacement sont librement définis par l'auteur de la page Internet en question. L'*inline frame* se comporte comme un élément intégrant de cette page, car cette technique, à la différence du *framing* classique, n'est pas une technique de division de l'écran mais un moyen d'incorporation (*embedding*) de ressources externes à une page Internet.

13. Pour compliquer davantage les choses, l'*inline frame* peut être défini comme emplacement d'ouverture d'un lien hypertexte⁹. De cette façon, après que le lien a été activé (par un clic), la ressource cible s'ouvre dans un cadre (dont les bords sont ou non visibles sur l'écran), à l'emplacement défini par l'auteur de la page contenant le lien¹⁰.

14. Ces manipulations peuvent paraître complexes et nécessiter des connaissances approfondies en informatique, mais les très nombreux services de création de sites Internet et les plateformes de partage de contenu automatisent ces procédés, permettant de facilement créer des pages Internet, d'y incorporer des contenus et de créer des liens hypertextes sans posséder ces connaissances.

15. Il découle d'une jurisprudence établie de la Cour que les liens hypertextes vers des objets protégés par le droit d'auteur, mis à la disposition du public en libre accès sur Internet avec l'autorisation du titulaire de ces droits, ne constituent pas des actes nécessitant une autorisation dudit titulaire¹¹. Une jurisprudence plus récente demande cependant de voir cet acquis jurisprudentiel sous une lumière un peu différente. Ainsi, il conviendrait de déterminer si le fait, pour un titulaire des droits d'auteur,

7 L'instruction a alors la forme suivante : « ».

8 Balise « <iframe> ».

9 En donnant le nom de l'*inline frame* comme valeur de l'attribut « cible » (*target*) dans la description du lien dans le langage HTML (« [description visible du lien] »).

10 Pour les informations techniques concernant les différentes fonctionnalités du langage HTML, je me suis notamment référé aux sites <https://developer.mozilla.org> et <https://www.w3schools.com/html>.

11 Voir, notamment, arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, point 1 du dispositif).

d'utiliser des moyens techniques destinés à prévenir l'utilisation de son œuvre sous forme de liens hypertextes et au moyen du *framing* change l'appréciation du point de vue du droit d'auteur. Il sera également nécessaire, à mon avis, de revoir le problème lié à l'incorporation dans des pages Internet d'œuvres provenant d'autres sites (*inline linking*).

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

16. L'article 3, paragraphes 1 et 3, 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'information¹² dispose :

« 1. 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.

[...]

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article. »

17. En vertu de l'article 6, paragraphes 1 et 3, de la directive 2001/29 :

« 1. Les États membres prévoient 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.

[...]

3. Aux fins de la présente directive, on entend par "mesures techniques", 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 du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE^[13]. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection. »

¹² JO 2001, L 167, p. 10.

¹³ Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (JO 1996, L 77, p. 20).

18. L'article 16, paragraphe 1 et paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur¹⁴ dispose :

« 1. Les États membres veillent à ce que les organismes de gestion collective et les utilisateurs négocient de bonne foi l'octroi de licences de droits. Les organismes de gestion collective et les utilisateurs s'échangent toute information nécessaire.

2. Les conditions d'octroi de licences reposent sur des critères objectifs et non discriminatoires. Lorsqu'ils octroient des licences sur des droits, les organismes de gestion collective ne sont pas tenus de se fonder, pour d'autres services en ligne, sur les conditions d'octroi de licences convenues avec un utilisateur lorsque ce dernier fournit un nouveau type de service en ligne qui a été mis à la disposition du public de l'Union depuis moins de trois ans.

[...] »

Le droit allemand

19. Le droit de communication au public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, est en droit allemand couvert par l'article 19 bis (« mise à disposition ») et l'article 15, paragraphe 2 (« droit non défini » de communication au public), du Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (loi sur le droit d'auteur et les droits voisins), du 9 septembre 1965¹⁵ (ci-après l'« UrhG »).

20. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2001/29 a été transposé en droit allemand par l'article 95 bis de l'UrhG.

21. Enfin, conformément à l'article 34, paragraphe 1, première phrase, du Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften – Verwertungsgesellschaftengesetz (loi relative à la gestion des droits d'auteur et des droits voisins par des sociétés de gestion collective), du 24 mai 2016¹⁶ (ci-après le « VGG »), qui a transposé l'article 16, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/26, les sociétés de gestion collective ont l'obligation d'accorder à toute personne qui en fait la demande, à des conditions raisonnables, une licence d'utilisation des droits dont la gestion leur a été confiée.

Les faits au principal, la procédure et la question préjudicielle

22. Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst (ci-après « VG Bild-Kunst ») est une société de gestion collective des droits d'auteur dans le domaine des arts visuels en Allemagne. Stiftung Preußischer Kulturbesitz (ci-après « SPK ») est une fondation de droit allemand.

23. SPK est l'exploitant de la Deutsche Digitale Bibliothek (DDB), une bibliothèque numérique dédiée à la culture et au savoir mettant en réseau des institutions culturelles et scientifiques allemandes.

14 JO 2014, L 84, p. 72.

15 BGBl. 1965 I, p. 1273.

16 BGBl. 2016 I, p. 1190.

24. Le site Internet de la DDB contient des liens vers des contenus numérisés stockés sur les portails Internet des institutions participantes. La DDB, en tant que « vitrine numérique », ne stocke elle-même que des vignettes (*thumbnails*), à savoir des versions d'images dont la taille est réduite par rapport à leur taille originale. Lorsque l'utilisateur clique sur l'un des résultats de la recherche, il est redirigé vers la page de l'objet sur le site de la DDB, laquelle contient une version agrandie de l'illustration (440 x 330 pixels). En cliquant sur cette illustration ou en utilisant la fonction « loupe », une version agrandie de la vignette, d'une résolution maximale de 800 x 600 pixels, s'affiche dans une *lightbox*. Par ailleurs, le bouton « Afficher l'objet sur le site d'origine » contient un lien direct vers le site Internet de l'institution qui fournit l'objet (soit un lien simple vers sa page d'accueil, soit un lien profond vers la page de l'objet). La DDB utilise les œuvres avec l'autorisation des titulaires des droits d'auteur sur ces œuvres.

25. VG Bild-Kunst subordonne la conclusion, avec SPK, d'un contrat de licence d'utilisation de son catalogue d'œuvres sous la forme de vignettes à l'inclusion d'une disposition selon laquelle le preneur de licence s'engage à mettre en œuvre, lors de l'utilisation des œuvres et des objets protégés visés au contrat, des mesures techniques efficaces contre le *framing*, par des tiers, des vignettes de ces œuvres ou de ces objets protégés, affichées sur le site Internet de la DDB.

26. Estimant qu'une telle disposition contractuelle n'était pas raisonnable du point de vue du droit d'auteur, SPK a introduit une action en constatation devant le Landgericht (tribunal régional, Allemagne) visant à ce qu'il soit constaté que VG Bild-Kunst était tenue d'accorder la licence en question à SPK sans que cette licence soit subordonnée à la mise en œuvre de ces mesures techniques. Cette action a été initialement rejetée par le Landgericht (tribunal régional). Le jugement de ce dernier a, sur appel de SPK, été infirmé par le Kammergericht (tribunal régional supérieur, Allemagne). Par son recours en *Revision*, VG Bild-Kunst demande le rejet de l'action de SPK.

27. Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) précise, d'une part, que, conformément à l'article 34, paragraphe 1, première phrase, du VGG, les sociétés de gestion collective ont l'obligation d'accorder à toute personne qui en fait la demande, à des conditions raisonnables, une licence d'utilisation des droits dont la gestion leur a été confiée. La juridiction de renvoi indique, d'autre part, que, selon sa jurisprudence applicable dans le cas d'espèce, il est admis que les sociétés de gestion collective peuvent, à titre exceptionnel, déroger à leur obligation et refuser d'octroyer une licence, à condition que ce refus ne constitue pas un abus de monopole et sous réserve de pouvoir opposer à la demande de licence des intérêts légitimes supérieurs. À cet égard, pour déterminer l'existence d'une exception objectivement justifiée, il conviendrait de mettre en balance les intérêts des intéressés en tenant compte de la finalité de la loi ainsi que de l'objectif sous-tendant cette obligation de principe des sociétés de gestion collective.

28. L'issue du recours en *Revision* dépendrait du point de savoir si l'incorporation par *framing* dans le site Internet d'un tiers d'une œuvre disponible, avec le consentement du titulaire des droits, sur un site Internet, tel que celui de DDB, constitue une communication de l'œuvre au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 lorsqu'elle contourne des mesures de protection contre le *framing* adoptées par le titulaire des droits ou imposées par celui-ci à un licencié. Si tel était le cas, les droits des membres de VG Bild-Kunst seraient concernés et celle-ci pourrait valablement demander l'insertion de l'obligation de mise en œuvre des mesures techniques contre le *framing* au contrat de licence avec SPK.

29. Éprouvant des doutes quant à la réponse à donner à cette question, au regard de la jurisprudence de la Cour relative à la pratique des liens hypertexte sur Internet, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a décidé de sursoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L’incorporation, par la technique dite de la “transclusion” (*framing*), dans le site Internet d’un tiers, d’une œuvre disponible, avec le consentement du titulaire des droits, sur un site Internet librement accessible constitue-t-elle une communication de l’œuvre au public au sens de l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 si cette incorporation contourne des mesures de protection contre la transclusion adoptées ou imposées par le titulaire des droits ? »

30. La demande de décision préjudicielle est parvenue à la Cour le 21 mai 2019. Des observations écrites ont été déposées par les parties au principal, le gouvernement français ainsi que par la Commission européenne. Les mêmes parties ont été représentées lors de l’audience qui s’est tenue le 25 mai 2020.

Analyse

31. Par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande à la Cour si l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, doit être interprété en ce sens que l’incorporation, par le *framing*, dans le site Internet d’un tiers, d’une œuvre disponible, avec le consentement du titulaire des droits d’auteur, sur un site Internet librement accessible, constitue une communication de cette œuvre au public au sens de ladite disposition lorsque cette incorporation contourne des mesures de protection contre le *framing* adoptées ou imposées par ledit titulaire.

32. Tant la juridiction de renvoi que les parties ayant présenté des observations suggèrent des réponses à cette question qui découleraient, selon elles, de la jurisprudence de la Cour concernant l’appréciation des liens hypertextes du point de vue du droit d’auteur. Cependant, leur analyse de cette jurisprudence les amène à des résultats contradictoires. Si, en effet, la juridiction de renvoi ainsi que VG Bild-Kunst, le gouvernement français et la Commission proposent de répondre par l’affirmative à la question préjudicielle, SPK développe des arguments sérieux en faveur d’une réponse négative.

33. Je partage l’avis selon lequel la réponse à la question préjudicielle peut être partiellement déduite de la jurisprudence de la Cour. Il me semble cependant que cette jurisprudence demande à être précisée à la suite d’une analyse prenant en compte la jurisprudence récente qui ne concerne pas directement les liens hypertextes.

La jurisprudence relative aux liens hypertextes

34. La mise à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d’auteur sur Internet relève du droit exclusif de la communication au public prévu à l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29¹⁷. Ce droit englobe « toute communication au public [des] œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public [des] œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement ». C’est la mise à la disposition du public qui joue un rôle majeur sur Internet, bien que la communication « classique » soit également présente¹⁸.

17 Dans les présentes conclusions, je parlerai, pour la simplicité, du droit qu’ont les auteurs sur leurs œuvres. La même analyse s’applique cependant, mutatis mutandis, aux autres objets protégés, notamment ceux énumérés à l’article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29.

18 C’est le cas, notamment, des radios en ligne (*web radio*).

35. La question qui se pose donc concernant les liens hypertextes est celle de savoir si le fait d'inclure sur une page Internet un lien vers une œuvre d'autrui disponible aussi sur Internet (sur la Toile, plus précisément) constitue une communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, c'est-à-dire si l'inclusion d'un tel lien relève du droit exclusif du titulaire des droits d'auteur sur cette œuvre.

36. Dans l'arrêt *Svensson e.a.*¹⁹, la Cour a répondu à cette question, en principe, par la négative. La Cour a constaté, en premier lieu, qu'un lien hypertexte constituait bien un acte de communication, le lien offrant aux utilisateurs un accès direct à l'œuvre²⁰. Cette communication est dirigée vers un public composé d'un nombre indéterminé et assez important de personnes, c'est-à-dire un public²¹.

37. En second lieu, cependant, la Cour a jugé que, dans le cas d'une œuvre disponible déjà en libre accès sur un site Internet, le public visé par le lien hypertexte placé sur un autre site Internet ne constituait pas un public nouveau par rapport au public de la communication initiale. En effet, la Cour a considéré que le public ciblé par la communication initiale était constitué par l'ensemble des visiteurs potentiels d'un site Internet en libre accès, c'est-à-dire tous les utilisateurs d'Internet. Tous ces utilisateurs devaient donc avoir été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la communication initiale²². Logiquement, le lien hypertexte ne pouvait pas donner accès à l'œuvre à un cercle plus large d'utilisateurs.

38. Or, dans le cas d'une communication secondaire effectuée par le même moyen technique que la communication initiale (ce qui est le cas de toutes les communications sur la Toile), la jurisprudence de la Cour exige l'existence d'un public nouveau pour que cette communication secondaire relève du droit exclusif de communication au public prévu à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29²³.

39. La Cour a dès lors conclu que le fait de placer sur un site Internet un lien hypertexte (un « lien cliquable » selon les termes de l'arrêt en question) vers une œuvre protégée par le droit d'auteur déjà librement accessible sur Internet ne nécessite pas une autorisation du titulaire des droits d'auteur sur cette œuvre²⁴. Il pourrait en être autrement uniquement dans la situation où le lien permettrait de contourner des mesures de restriction de l'accès à l'œuvre sur le site d'origine, auquel cas ce lien aurait pour effet d'élargir le public de la communication initiale et de donner accès à celle-ci à un public nouveau²⁵.

40. Cette analyse a été rapidement confirmée en ce qui concerne les liens hypertexte utilisant le *framing*²⁶.

41. Par la suite, la Cour a précisé que l'analyse décrite ci-dessus ne s'appliquait que lorsque la communication initiale de l'œuvre avait été faite avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur²⁷.

19 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

20 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, points 18 à 20).

21 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 22).

22 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, points 25 à 27).

23 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 24 et jurisprudence citée).

24 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 27).

25 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 31).

26 Ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, dispositif).

27 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 43).

42. S'agissant des liens vers des sites Internet sur lesquels des œuvres sont mises à la disposition du public sans l'autorisation des titulaires des droits d'auteur, la Cour a considéré qu'ils constituaient une communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 si l'utilisateur ayant placé le lien savait ou devait savoir que ce lien mène vers une œuvre mise à la disposition du public sans l'autorisation requise par le droit d'auteur²⁸. Lorsque cet utilisateur agit dans un but lucratif, cette connaissance de cause doit être présumée de manière réfragable²⁹.

43. Pour résumer la jurisprudence relative aux liens hypertextes, lorsque le lien mène vers une œuvre déjà mise à la disposition du public avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur et en libre accès, ce lien n'est pas considéré comme une communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, car, tout en constituant un acte de communication, ledit lien s'adresse à un public qui a déjà été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la mise à disposition initiale, à savoir l'ensemble des utilisateurs d'Internet.

L'analyse critique de la jurisprudence relative aux liens hypertextes

44. Les solutions jurisprudentielles que je viens de rappeler ne sont pas toujours évidentes à première vue et peuvent susciter des interrogations, notamment concernant trois points majeurs : la qualification des liens d'« actes de communication » (de mise à disposition), l'introduction du critère subjectif de la connaissance de cause dans la définition de la notion de « communication au public » et l'application à Internet du critère du nouveau public³⁰.

La qualification des liens hypertextes d'« actes de communication »

45. Comme je l'ai rappelé au point 36 des présentes conclusions, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Svensson e.a.*³¹, qu'un lien hypertexte vers une œuvre protégée accessible sur Internet constituait un acte de communication de cette œuvre pour les besoins de l'application du droit de communication au public régi à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Cependant, cette affirmation est, sur le plan technique, loin d'être évidente³².

46. Certes, je ne partage pas l'avis exprimé à ce sujet, selon lequel chaque acte de communication doit nécessairement comporter une transmission ou une retransmission de l'œuvre³³. Notamment, la forme la plus répandue de communication sur la Toile qu'est la mise à la disposition du public des œuvres de façon à ce que chacun puisse y avoir accès au lieu et au moment qu'il choisit individuellement ne présuppose aucune transmission. Dans une telle situation, l'œuvre est mise à la disposition du public, c'est-à-dire stockée sur le serveur qui héberge le site Internet en question, le public pouvant accéder à ce site à l'aide de son adresse URL. Une forme de transmission de l'œuvre n'intervient qu'une fois un membre du public a accédé audit serveur, car cet accès enclenche une reproduction temporaire de la page Internet consultée sur son ordinateur client.

28 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 49).

29 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 51).

30 Cette jurisprudence a fait également l'objet de très nombreux commentaires, plus ou moins critiques, de la part de la doctrine. Cette doctrine est cependant loin d'être unanime, notamment en ce qui concerne le traitement approprié qui doit être réservé aux liens hypertextes dans le cadre du droit d'auteur de l'Union. À titre d'exemple, je mentionnerai les positions adoptées à ce sujet par trois associations de droit d'auteur : Association littéraire et artistique internationale, *ALAI Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, adoptée le 17 juin 2015 (modifiant la position sur le même sujet adoptée le 15 septembre 2013) ; European Copyright Society, *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, du 18 février 2013, et International Association for the Protection of Intellectual Property, *Resolution on Linking and Making Available on the Internet*, du 20 septembre 2016. Les conclusions divergentes de ces positions démontrent qu'il n'existe pas une solution unique et évidente au problème de la qualification des liens hypertextes du point de vue du droit de la communication d'œuvres au public.

31 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

32 Pour une analyse approfondie de cet aspect, voir conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:221, points 48 à 60).

33 European Copyright Society, op. cit.

47. Or, la Cour a rappelé que, pour qu'il y ait acte de communication, il suffit qu'une œuvre soit mise à la disposition du public, sans qu'il soit déterminant que les membres du public y accèdent effectivement³⁴. Autrement dit, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 entre en jeu dès la mise à la disposition du public d'une œuvre, avant même qu'une transmission effective de l'œuvre ait lieu.

48. Cela étant dit, dans le cas d'un lien hypertexte vers une œuvre déjà librement accessible sur Internet, la mise à la disposition du public s'effectue sur le site Internet d'origine. Le lien, quant à lui, n'est qu'une instruction donnée au navigateur Internet d'y accéder en suivant l'adresse URL qui fait partie du lien. L'utilisateur est donc redirigé vers un autre site Internet. La connexion (et donc la transmission de l'œuvre) se fait par la suite directement entre l'ordinateur client de l'utilisateur et le serveur (parfois plusieurs serveurs) sur lequel est hébergé le site cible du lien, sans aucune intermédiation du site contenant ce lien³⁵. Par ailleurs, l'adresse URL vers laquelle mène le lien apparaît habituellement en effectuant un clic droit (*right click*) sur le lien. Il est alors possible de copier ce lien dans la fenêtre d'adresse du navigateur pour accéder au même endroit que celui visé par le lien hypertexte. Le lien ne fait qu'automatiser ce procédé, en permettant d'accéder à un autre site Internet « en un clic ».

49. La Cour est cependant allée au-delà de cette analyse purement technique en considérant qu'un lien hypertexte constitue un acte de communication en ce qu'il donne « un accès direct » à l'œuvre contenue sur un autre site Internet³⁶.

50. À mon avis, cette approche fonctionnelle prend en compte d'autres éléments que la seule automatisation de l'établissement de la connexion avec le site Internet ciblé. Ce qui est bien plus important, et qui fait la force des liens hypertextes comme pivot de l'architecture de la Toile, c'est que le lien contient l'adresse URL de la page Internet ciblée, en dispensant l'utilisateur de rechercher cette adresse (ou bien, le lien est le résultat d'une recherche effectuée par l'utilisateur, comme c'est normalement le cas dans les moteurs de recherche sur Internet). En effet, une ressource peut être *disponible* sur Internet, elle n'est pourtant *accessible* qu'à l'aide de son adresse URL. Sans la connaissance de cette adresse par les utilisateurs, sa disponibilité est purement théorique. Or, le moyen le plus efficace de transmettre l'adresse URL d'une page Internet est de créer un lien hypertexte vers cette page. Ce n'est pas par hasard que les « annuaires téléphoniques » de la Toile que sont les moteurs de recherche utilisent la technique des liens hypertextes.

51. C'est donc cette capacité technique de donner un accès direct à une œuvre spécifiée par son adresse URL (ou l'adresse de la page Internet contenant cette œuvre) qui justifie, à mon sens, la qualification des liens hypertextes d'« actes de communication » pour les besoins de l'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

L'élément subjectif dans la communication au public

52. Pour rappel, la règle jurisprudentielle établie par la Cour, dans l'arrêt *Svensson e.a.*³⁷, selon laquelle un lien hypertexte vers une œuvre librement accessible sur Internet ne constitue pas une communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est applicable que lorsque l'œuvre en question a été mise à la disposition du public avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur.

34 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 19).

35 L'apparence du résultat peut être différente pour l'utilisateur en fonction de la manière d'ouverture de la page Internet ciblée par le lien : à la place de la page de départ du lien, dans une nouvelle fenêtre du navigateur ou dans un cadre sur la page de départ (lien utilisant le *framing*). Notamment, dans cette dernière situation, l'utilisateur peut avoir l'impression d'être connecté uniquement à la page de départ du lien. Cependant, dans tous ces cas, le fonctionnement technique est le même – une connexion directe avec le site cible du lien est établie.

36 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 18).

37 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

53. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'œuvre a été mise à disposition sans l'autorisation dudit titulaire, la situation juridique qui découle de la jurisprudence de la Cour est bien plus complexe. En effet, la Cour a jugé que, dans une telle situation, l'existence d'une communication au public dépendait du fait de savoir si l'utilisateur ayant placé le lien savait ou devait savoir que l'œuvre ciblée par ce lien a été mise à la disposition du public sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur. Dans le cas des liens fournis dans un but lucratif, la connaissance de cause doit être présumée, cette présomption étant réfragable³⁸.

54. La Cour a effectué cette distinction dans le but légitime de préserver le juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés³⁹. Néanmoins, cette solution est peu orthodoxe du point de vue des règles générales du droit d'auteur, notamment en ce qu'elle introduit un critère subjectif (la connaissance de cause) dans la définition d'un élément objectif, à savoir l'étendue des actes soumis au droit exclusif de l'auteur⁴⁰.

Le critère du public nouveau

55. Si l'application du critère du public nouveau pour apprécier l'existence d'une communication au public d'œuvres protégées par le droit d'auteur a été envisagée avant même l'entrée en vigueur de la directive 2001/29⁴¹, ce n'est qu'à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci que ce critère a été repris par la Cour, tout d'abord dans le contexte de la retransmission des émissions télévisuelles⁴². Selon la formulation actuelle de ce critère, une communication secondaire d'une œuvre protégée faite par le même moyen technique que la communication initiale doit viser un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la communication initiale, pour être qualifiée de « communication au public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et être donc soumise au droit exclusif dudit titulaire⁴³.

56. Appliqué à Internet, ce critère part du postulat, qui relève d'une sorte de fiction juridique⁴⁴, qu'une œuvre, dès sa mise à la disposition du public en libre accès sur la Toile, peut être consultée par tout utilisateur d'Internet et que l'ensemble de ces utilisateurs doit donc être considéré comme ayant été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur en tant que public lors de la mise à disposition initiale⁴⁵. Si je parle ici de fiction juridique, c'est parce que cette affirmation, tout en étant vraie en théorie, omet le fait que le cyberspace formé par la Toile est tout simplement trop vaste pour que quiconque puisse avoir connaissance, et encore moins accéder, à l'ensemble de ses ressources.

57. Or, ce postulat non seulement est fondé sur une prémisse artificiellement construite et fictive, mais, poussé à l'extrémité de sa logique, résulte en l'épuisement du droit de communication au public, pourtant expressément exclu par l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29. Comme je vais le montrer ci-après, ce postulat semble maintenant dépassé dans la jurisprudence de la Cour.

38 Arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, dispositif).

39 Arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, points 44 à 49).

40 Selon la doctrine, cette solution peut cependant être nécessaire afin d'atténuer les effets d'une acception large adoptée par la Cour en ce qui concerne l'étendue du droit exclusif de communication au public [voir Husovec, M., « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement », dans Synodinou, T.E. (éd.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2019, p. 513 et suiv., notamment p. 526].

41 Voir conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire Egeda (C-293/98, EU:C:1999:403, notamment point 22).

42 Arrêt du 7 décembre 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, point 40).

43 Voir, récemment, arrêt du 19 décembre 2019, Nederlands Uitgeversverbond et Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, point 70).

44 L'expression est de Karapapa, S., « The requirement for a "new public" in EU copyright law », *European Law Review*, n° 42/2017, p. 63, qui l'utilise cependant dans un contexte légèrement différent.

45 Voir, dans le contexte des liens hypertextes, notamment, arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, points 24 à 27).

La nouvelle lecture de la jurisprudence relative aux liens hypertextes

58. Cette analyse de la jurisprudence de la Cour concernant les liens hypertextes me conduit, sans la remettre en cause, à en proposer une lecture évolutive, dans la ligne d'une jurisprudence plus récente de la Cour.

59. Si la Cour opère dans le cadre de l'appareil terminologique classique du droit d'auteur, en définissant les actes soumis au droit exclusif de l'auteur et en les distinguant de ceux qui n'y sont pas soumis, elle ne fait pas une œuvre de théorie du droit d'auteur. Appelée à interpréter le droit de l'Union, en l'occurrence la directive 2001/29, certes de manière abstraite, donc applicable erga omnes, mais néanmoins sur le fondement d'un litige concret qui lui est soumis par une juridiction nationale, la Cour doit donner une réponse permettant à cette juridiction d'établir la responsabilité d'une partie pour violation d'un droit d'auteur. Elle doit donc établir les conditions de cette responsabilité, ce qui va bien au-delà de la simple définition des contours de l'acte relevant du monopole de l'auteur. Une approche plus restrictive risquerait de mettre en péril l'effet utile de l'harmonisation opérée par la directive 2001/29, en laissant à l'appréciation forcément hétérogène des juridictions nationales les éléments décisifs d'une telle responsabilité⁴⁶.

60. C'est ainsi que la Cour a pu juger que tant la mise à disposition et la gestion, sur Internet, d'une plateforme de partage des œuvres protégées dans le cadre d'un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*) que la vente d'un lecteur multimédia sur lequel ont été préinstallés des liens hypertextes renvoyant à des sites Internet librement accessibles au public sur lesquels ont été mises à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur sans l'autorisation des titulaires de ce droit relèvent de la notion de « communication au public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29⁴⁷, bien que dans les deux cas la véritable mise à la disposition du public des œuvres eût lieu à un stade antérieur. La Cour s'est tout de même fondée sur le rôle incontournable et la pleine connaissance de cause de l'utilisateur concerné lorsqu'il donne l'accès effectif à ces œuvres⁴⁸.

61. Cette approche peut également conduire à l'atténuation de la responsabilité. Dans un domaine du droit d'auteur différent (plus précisément, dans le domaine des droits voisins), la Cour a jugé que le droit du producteur de phonogrammes d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son phonogramme, reconnu à l'article 2, sous c), de la directive 2001/29, ne lui permet pas de s'opposer à l'utilisation par un tiers d'un échantillon sonore de son phonogramme aux fins de l'inclusion de cet échantillon dans un autre phonogramme, si cet échantillon y est inclus sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute⁴⁹, bien qu'à l'évidence toute utilisation d'un échantillon d'un phonogramme nécessite une reproduction de celui-ci.

62. En ce qui concerne les liens hypertextes, l'approche de la Cour centrée sur la délimitation des conditions de la responsabilité pour atteinte aux droits d'auteur explique notamment l'introduction de l'élément subjectif dans l'analyse de l'acte pouvant être la source de cette atteinte⁵⁰.

46 J'ai déjà formulé des observations similaires dans mes conclusions dans l'affaire Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, point 3). Voir, en ce sens, Rosati, E., « When Does a Communication to the Public under EU Copyright Law Need to Be to a "New Public" ? », SSRN (papers.ssrn.com), le 2 juillet 2020. Cependant, voir aussi, pour un avis contraire, conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans les affaires jointes YouTube et Cyando (C-682/18 et C-683/18, EU:C:2020:586, notamment points 94 à 106).

47 Voir, respectivement, arrêts du 14 juin 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, dispositif), et du 26 avril 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, point 1 du dispositif).

48 Arrêts du 14 juin 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, point 37), et du 26 avril 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, point 50).

49 Arrêt du 29 juillet 2019, Pelham e.a. (C-476/17, EU:C:2019:624, point 1 du dispositif).

50 Voir points 52 à 54 des présentes conclusions.

63. Le critère du public nouveau, qui, comme je l'ai rappelé, a permis à la Cour de considérer que les liens hypertextes ne nécessitaient pas, en principe, l'autorisation du titulaire des droits d'auteur⁵¹, doit à mon avis être compris dans la même logique.

64. Pour rappel, selon ce critère, une communication secondaire d'une œuvre au public qui utilise le même mode technique et s'adresse au même public que celui ayant été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la communication initiale ne nécessite pas une nouvelle autorisation⁵². Tel est le cas des liens hypertextes qui, en utilisant le même mode technique, à savoir la Toile, s'adressent au même public que la communication initiale, à savoir l'ensemble des utilisateurs d'Internet, si cette communication initiale avait été faite sans restriction d'accès.

65. Or, tout d'abord, la Cour elle-même a déjà observé que cette solution pouvait être justifiée non pas tant par l'absence d'un acte de communication, car une telle communication existe selon elle, mais par le fait que, connaissant l'architecture d'Internet (ou, plus précisément, de la Toile), en autorisant la mise à la disposition du public sans restriction de l'œuvre, le titulaire des droits d'auteur est censé avoir autorisé également le placement de liens hypertextes vers cette œuvre. En effet, la Cour a jugé que, si tout acte soumis à un droit exclusif de l'auteur doit recevoir son consentement préalable, la directive 2001/29 n'exige pas que ce consentement soit nécessairement donné de manière expresse⁵³.

66. Ensuite, la Cour a constaté, en se référant expressément à l'arrêt *Svensson e.a.*⁵⁴, que « 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* »⁵⁵.

67. Il y a encore lieu d'analyser si ce consentement implicite du titulaire des droits d'auteur peut effectivement concerner « l'ensemble des internautes ». Il me semble que non.

68. En effet, les limites de ce postulat ont été mises en évidence dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Renckhoff*⁵⁶. Dans cette affaire, il s'agissait non pas d'un lien hypertexte vers une œuvre protégée, mais d'une œuvre ayant été téléchargée à partir d'un site Internet sur lequel elle avait été mise à la disposition du public avec l'autorisation de l'auteur et ayant été mise en ligne, sans son autorisation, sur un autre site Internet.

69. Or, si le critère du public nouveau devait être appliqué à la lettre⁵⁷, cet acte ne relèverait pas du droit exclusif du titulaire des droits d'auteur, car, tant que l'œuvre en question était accessible avec l'autorisation dudit titulaire sur le premier site Internet (ou sur tout autre site, pas nécessairement le site à partir duquel l'œuvre a été copiée), la mise à disposition sur le second site Internet ne visait pas un public nouveau, tout utilisateur d'Internet ayant été pris en compte lors de la première mise à disposition. Ainsi, le titulaire des droits d'auteur perdrait le contrôle sur la diffusion de son œuvre, ce qui, comme la Cour l'a reconnu dans son arrêt, aurait pour résultat l'épuisement de son droit exclusif⁵⁸.

51 Voir points 37 à 39 des présentes conclusions.

52 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 24 et jurisprudence citée).

53 Arrêt du 16 novembre 2016, *Soulier et Doke* (C-301/15, EU:C:2016:878, points 33 à 35).

54 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

55 Arrêt du 16 novembre 2016, *Soulier et Doke* (C-301/15, EU:C:2016:878, point 36). C'est moi qui souligne.

56 Arrêt du 7 août 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

57 Comme l'a d'ailleurs postulé la partie requérante au principal dans cette affaire (voir arrêt du 7 août 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, point 27).

58 Arrêt du 7 août 2018, *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634, point 33).

70. Dès lors, la Cour a considéré qu'il convenait de limiter la portée du critère du public nouveau en modifiant la définition du public qui est supposé avoir été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la mise à disposition initiale de l'œuvre. La Cour a donc jugé que ce public était constitué des seuls utilisateurs du site Internet sur lequel cette mise à disposition initiale a eu lieu « et non des utilisateurs du site sur lequel l'œuvre a ultérieurement été mise en ligne sans l'autorisation dudit titulaire, ou des autres internautes »⁵⁹.

71. Ainsi, à la suite de l'arrêt Renckhoff⁶⁰, la fiction juridique selon laquelle toute mise à la disposition du public d'une œuvre protégée sur Internet en libre accès vise l'ensemble des utilisateurs (effectifs et potentiels) d'Internet n'est plus tenable également dans le contexte des liens hypertextes. Non seulement elle aboutit à un épuisement de facto du droit de communication au public sur Internet, mais elle est logiquement inconciliable avec cet arrêt.

72. Imaginons en effet les implications de l'arrêt Svensson e.a.⁶¹ dans une situation semblable à celle de l'affaire ayant donné lieu audit arrêt Renckhoff. Selon ce dernier arrêt, le fait d'avoir téléchargé l'œuvre protégée à partir d'un site Internet sur lequel celle-ci avait été mise à la disposition du public avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur et de la placer sur un autre site Internet porte atteinte aux droits dudit titulaire. Cependant, le fait de placer sur le second site Internet un lien vers cette même œuvre disponible sur le premier site, même en utilisant le *framing*, de sorte que l'œuvre apparaît comme si elle était placée sur le second site, ne serait pas soumis au monopole de l'auteur et ne porterait donc pas atteinte à ce monopole⁶². Or, le public de la mise à disposition initiale serait dans les deux cas le même : l'ensemble des utilisateurs d'Internet !

73. Il y a donc lieu de considérer, comme la Cour l'a fait dans l'arrêt Renckhoff⁶³, que le public ayant été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors d'une mise à disposition d'une œuvre sur un site Internet est constitué du public qui consulte ledit site. Une telle définition du public pris en compte par le titulaire des droits d'auteur reflète bien, à mon avis, la réalité d'Internet. En effet, si un site Internet librement accessible peut être en théorie visité par tout utilisateur d'Internet, dans la pratique, le nombre d'utilisateurs potentiels susceptibles d'y accéder est certes plus ou moins important mais il est approximativement déterminé. Le titulaire des droits d'auteur prend en compte l'étendue de ce cercle d'utilisateurs potentiels en autorisant la mise à disposition de son œuvre. Cela est important notamment lorsque cette mise à disposition s'effectue sous une licence, car le nombre potentiel de visiteurs présumés peut constituer un facteur important dans la détermination du prix de la licence.

74. Or, il est possible d'accéder à ce site Internet, et ce sera même la majorité des cas d'accès, au moyen d'un lien hypertexte. Le public du site contenant le lien devient ainsi le public du site cible du lien, c'est-à-dire le public visé par ledit titulaire des droits d'auteur.

75. Pour résumer, la jurisprudence de la Cour concernant les liens hypertextes, ou plus généralement la communication des œuvres au public sur Internet, doit être comprise à mon avis en ce sens que, en autorisant la mise à la disposition du public de son œuvre sur une page Internet, en libre accès, le titulaire des droits d'auteur prend en compte l'ensemble du public susceptible d'accéder à cette page Internet, y compris au moyen des liens hypertextes. Par conséquent, ces liens, tout en constituant des actes de communication, car donnant l'accès direct à l'œuvre, sont en principe couverts par l'autorisation du titulaire des droits d'auteur donnée lors de la mise à la disposition initiale et ne nécessitent pas une autorisation additionnelle.

59 Arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, point 35). C'est moi qui souligne.

60 Arrêt du 7 août 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

61 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

62 En vertu de l'arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76).

63 Arrêt du 7 août 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634, point 35).

Application dans les cas de l'incorporation des œuvres sur des pages Internet à partir d'autres sites Internet

La portée de la question préjudicielle

76. Pour rappel, par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si l'incorporation par *framing* sur un site Internet d'une œuvre protégée mise à la disposition du public, avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, en libre accès sur un autre site Internet constitue une communication au public de cette œuvre, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, lorsqu'elle contourne des mesures de protection contre le *framing* adoptées ou imposées par ledit titulaire sur le second site Internet.

77. Il convient d'emblée de clarifier certains aspects terminologiques. La terminologie concernant Internet n'est pas établie avec une clarté cartésienne et les termes *framing*, *inline linking* et *embedding* sont parfois utilisés comme synonymes. La Cour a d'ailleurs adopté dans sa jurisprudence le terme français « transclusion » qui semble pouvoir désigner toutes ces techniques. Si la juridiction de renvoi se réfère dans sa question au *framing*, on peut à mon avis raisonnablement supposer que le problème dans le litige au principal concerne, ou peut concerner, tous les moyens d'incorporer sur une page Internet une ressource provenant d'un autre site Internet.

78. Or, les techniques qui permettent un tel résultat ne se limitent pas au *framing*, qui consiste à diviser l'écran en plusieurs parties dont chacune peut présenter le contenu d'un autre site Internet. Notamment, l'*inline linking* permet d'incorporer un élément, le plus souvent un fichier graphique ou audiovisuel, dans une page Internet à partir d'un autre site Internet⁶⁴. L'élément incorporé apparaît alors sur l'écran automatiquement, sans que l'utilisateur ait besoin de cliquer sur le lien. Cet automatisme me paraît bien plus important du point de vue du droit d'auteur que l'utilisation ou non du *framing*. Je développerai cette idée plus en détail ci-après.

79. Il existe des mesures techniques de protection contre ces types de liens. Ces mesures consistent, notamment, en l'introduction dans le code HTML de la page Internet protégée d'instructions qui empêchent le lien de fonctionner, qui empêchent l'ouverture de la page dans un cadre (*frame*) en exigeant une nouvelle fenêtre ou onglet, ou bien encore qui envoient à la place de l'élément souhaité une autre image, par exemple un avertissement sur les droits d'auteur.

80. La question préjudicielle doit donc être comprise comme portant sur le point de savoir si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que l'incorporation d'une œuvre mise à la disposition du public, avec le consentement du titulaire des droits d'auteur, en libre accès sur un site Internet dans un autre site Internet à l'aide des liens hypertextes, de manière à ce que l'œuvre apparaisse sur le second site Internet comme si elle faisait partie intégrante de ce second site, constitue une communication au public au sens de cette disposition lorsque cette incorporation contourne les mesures de protection contre une telle utilisation de l'œuvre.

Les liens cliquables

81. Comme je l'ai rappelé, en vertu de la jurisprudence constante de la Cour, le fait de placer un lien hypertexte vers une œuvre protégée par le droit d'auteur mise à la disposition du public en libre accès sur un autre site Internet avec le consentement du titulaire des droits d'auteur constitue un acte de communication de cette œuvre au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

64 Voir points 9 et 10 des présentes conclusions.

82. Pour cette raison, je ne partage pas l'analyse de SPK selon laquelle il découlerait de la jurisprudence de la Cour que les liens hypertextes vers des œuvres protégées, y compris ceux utilisant le *framing* ou des techniques semblables, se trouveraient en dehors des droits exclusifs des titulaires des droits d'auteur, de sorte qu'il n'y aurait jamais de communication au public, nonobstant l'application éventuelle par ces titulaires de mesures de protection contre l'utilisation de tels liens.

83. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le placement du lien hypertexte est bien un acte pertinent du point de vue du droit d'auteur, en ce qu'il donne un accès direct à l'œuvre. Toutefois, cet acte ne donne pas lieu à une autorisation supplémentaire par le titulaire des droits d'auteur, car, en visant le public qui a été déjà pris en compte par celui-ci lors de la mise à disposition initiale, il est couvert par l'autorisation ayant été donnée par ledit titulaire lors de cette communication initiale.

84. En ce qui concerne la définition du public ayant été pris en compte par ledit titulaire, je propose de considérer, à la lumière de l'ensemble de la jurisprudence pertinente de la Cour, que celui-ci est composé du public, y compris potentiel, du site Internet sur lequel a eu lieu la mise à disposition initiale⁶⁵.

85. Ce public peut accéder audit site de différentes manières, notamment à l'aide des liens hypertextes. Ce constat ne pose pas de problème dans le cas des liens simples, qui renvoient vers la page d'accueil du site. Il en est de même, à mon avis, dans le cas des liens profonds vers des pages concrètes d'un site. En fait, nul ne peut s'attendre à ce que son œuvre soit toujours lue ou regardée en commençant par la page de garde ou le générique d'ouverture. D'ailleurs, cela n'est pas tant le problème de l'accès à des œuvres proprement dit, mais des circonstances qui entourent cet accès, comme l'omission de la publicité éventuellement associée à l'œuvre et conférant des revenus au titulaire des droits d'auteur. Cela ne devrait pourtant pas déterminer l'étendue des droits exclusifs dudit titulaire.

86. Des questions plus délicates sont soulevées par l'utilisation du *framing* et, plus particulièrement, de l'*inline frame*. En effet, dans ce cas, il est difficile de déterminer si le public qui accède de cette manière à un site Internet à partir d'un autre site doit être considéré comme ayant été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la mise à disposition initiale de l'œuvre sur le premier site Internet.

87. À mon avis, il est assez clair que la réponse doit être positive lorsque l'objet du *framing* consiste en un site Internet dans son ensemble ou en une page entière de ce site. Il est vrai qu'une telle utilisation d'un site Internet d'autrui peut constituer un abus et provoquer certains problèmes du point de vue des droits moraux de l'auteur, du droit des marques ou encore de la concurrence loyale. Cependant, du point de vue de l'accès à l'œuvre, et donc du droit de communication au public, cette situation n'est pas diamétralement opposée à celle des liens classiques. Les utilisateurs accèdent bien au site Internet cible du lien et, bien que celui-ci s'affiche à l'intérieur de la page contenant le lien, ils constituent le public de ce site, c'est-à-dire le public ayant été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la mise à disposition de l'œuvre sur ledit site.

88. Le cas des liens menant vers des éléments spécifiques d'une page Internet (par exemple des images ou des fichiers audiovisuels) est plus problématique, notamment lorsque l'élément apparaît comme une partie intégrante d'un autre site au moyen du *framing* ou de l'*inline frame*. Cependant, dans cette situation également, en cliquant sur le lien, l'utilisateur établit une connexion avec le site d'origine de l'élément lié en provoquant ainsi une transmission de cet élément. Cet utilisateur doit donc être considéré comme faisant partie du public de ce site, c'est-à-dire du public ayant été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lorsqu'il a autorisé la mise à disposition de son œuvre sur ledit site.

⁶⁵ Voir point 73 des présentes conclusions.

89. Par ailleurs, la nécessité d'activer un lien signale à l'utilisateur qu'il accède à un contenu qui ne fait pas partie intégrante de la page Internet contenant ce lien. Si la paternité de ce contenu peut être dissimulée dans une plus ou moins grande mesure, l'utilisateur raisonnablement averti des modalités de fonctionnement d'Internet doit s'attendre à ce que le contenu ciblé par le lien puisse provenir d'une autre source que la page Internet qu'il est en train de consulter. Le titulaire des droits d'auteur peut alors invoquer les droits moraux, voire, le cas échéant, des droits relevant d'autres domaines de la propriété intellectuelle, tels que le droit des marques, pour lutter contre d'éventuels abus⁶⁶.

90. Il me semble d'ailleurs difficile de tracer ici une nette ligne de partage, car les situations peuvent être très variées : *framing* des sites ou des pages Internet dont le seul contenu significatif est constitué d'œuvres protégées ou qui constituent eux-mêmes de telles œuvres, liens profonds vers des objets protégés qui s'ouvrent dans une fenêtre séparée du navigateur avec ou sans indication de l'adresse du site d'origine, liens simples vers des sites dont la page d'accueil ou le site lui-même constituent des œuvres protégées, etc. L'analyse de ces différentes situations nécessiterait des appréciations factuelles au cas par cas, avec des résultats aléatoires. Or, le cercle des personnes pouvant accéder à son œuvre que le titulaire des droits d'auteur est censé avoir pris en compte lors de la mise à disposition de celle-ci ne saurait dépendre de telles appréciations factuelles⁶⁷.

91. Je suis donc d'avis que, dans le cas des œuvres protégées par le droit d'auteur mises à la disposition du public en libre accès sur Internet avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, le public qui accède à de telles œuvres au moyen de liens cliquables utilisant le *framing*, y compris l'*inline frame*, doit être considéré comme faisant partie du public ayant été pris en compte par ce titulaire lors de la mise à disposition initiale de ces œuvres⁶⁸. Bien entendu, cette appréciation ne s'applique pas dans les cas où des liens contournent les mesures de restriction d'accès ni dans celui où des liens renvoient vers des œuvres mises à la disposition du public sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, dans lesquels ce sont les solutions dégagées, respectivement, dans les arrêts Svensson e.a.⁶⁹ et GS Media⁷⁰ qui s'appliquent.

L'incorporation (embedding)

92. Je vais maintenant analyser la situation dans laquelle des œuvres protégées par le droit d'auteur contenues sur d'autres sites Internet sont incorporées dans une page Internet de telle façon qu'elles s'y affichent automatiquement dès l'ouverture de cette page, sans aucune action additionnelle de l'utilisateur (*inline links*). Je qualifierai cette technique de « liens automatiques ». La situation de ces liens automatiques est à mon avis différente à plusieurs égards de celle des liens cliquables, y compris ceux utilisant le *framing*⁷¹.

66 Tels que, par exemple, l'usurpation de paternité.

67 Voir, en ce sens, arrêt du 16 novembre 2016, Soulier et Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, point 38).

68 Je dois encore préciser que le fait d'activer un lien à l'aide d'un « clic » doit être distingué des actions que l'utilisateur doit entreprendre sur Internet à d'autres fins, par exemple pour démarrer une vidéo ou un enregistrement sonore, et qui nécessitent aussi de cliquer. Ces actions sont dépourvues d'importance du point de vue du droit de la communication au public, car elles interviennent *après* que l'utilisateur a eu accès à l'œuvre.

69 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

70 Arrêt du 8 septembre 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644).

71 Le postulat selon lequel toutes les catégories de liens ne sauraient être traitées de la même manière juste du fait de leur mode technique de fonctionnement similaire est soulevé aussi, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, aux États-Unis. Les passages qui suivent doivent beaucoup à Ginsberg, J.C., et Budiardjo, L.A., « Embedding Content or Interring Copyright : Does the Internet Need the "Server Rule"? », *Columbia Journal of Law & the Arts*, n° 42/2019, p. 417, bien que ces auteurs proposent de considérer tant l'*inline linking* que le *framing* comme relevant du droit exclusif de l'auteur.

– *Les liens automatiques en tant que communication au public*

93. Un lien automatique fait apparaître la ressource en tant qu'élément faisant partie intégrante de la page Internet contenant ce lien. Pour l'utilisateur, il n'y a donc aucune différence entre une image incorporée sur une page Internet à partir du même serveur et celle incorporée à partir d'un autre site Internet. Si, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Renckhoff⁷², le propriétaire du site sur lequel avait eu lieu la communication secondaire avait placé un lien automatique vers l'image en cause au lieu de l'avoir reproduite et mise en ligne à partir de son propre serveur, le résultat pour le public aurait été identique. Ce n'est que « derrière les coulisses » que le mode opératoire diffère.

94. Les liens automatiques permettent donc d'exploiter sans autorisation une œuvre d'autrui sur Internet de manière égale, en pratique, à une reproduction et à une mise à la disposition du public autonome. En même temps, le couvert de l'utilisation de la technologie du lien hypertexte donne à cette pratique une apparence de légalité, l'œuvre étant mise en ligne, techniquement parlant, à partir du seul serveur hébergeant le site d'origine⁷³.

95. Cependant, dans le cas d'un lien automatique, le public qui jouit de l'œuvre ne saurait en aucun cas être considéré comme constituant le public du site d'origine de cette œuvre. En effet, pour le public, il n'y a plus aucune liaison avec le site d'origine, tout se passe sur le site contenant le lien. C'est donc le public de ce dernier site qui bénéficie de l'œuvre. On ne saurait, à mon avis, présumer que le titulaire des droits d'auteur ait pris ce public en compte en donnant son autorisation pour la mise à disposition initiale, sauf à revenir vers la construction du public constitué de l'ensemble des utilisateurs d'Internet⁷⁴, ce qui se heurte à l'arrêt Renckhoff⁷⁵. Or, dans la mesure où l'effet d'un lien automatique est le même que celui d'une reproduction mise à la disposition du public de manière autonome, je ne vois pas de raison pour les traiter différemment. Une telle différence de traitement priverait d'effet utile tant la jurisprudence établie dans l'arrêt Renckhoff que le droit exclusif de l'auteur, de nature préventive, s'il était possible, au lieu de reproduire une œuvre et de la mettre en ligne, de simplement l'incorporer à son propre site Internet à l'aide d'un lien automatique⁷⁶.

96. Il en est d'autant plus ainsi que la situation d'un lien automatique diffère de celle d'un lien cliquable aussi du point de vue de la conception du droit de communication au public tel que celui-ci est régi par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

97. Pour rappel, ce droit exclusif englobe les actes de mise à la disposition du public de l'œuvre de manière à ce que chacun puisse y accéder en lieu et en temps choisis. C'est la manière habituelle de communication au public sur la Toile. L'œuvre est alors mise à disposition sur un site Internet, les utilisateurs déclenchant une transmission de celle-ci lors qu'ils accèdent à ce site. Dans le cas des liens cliquables, c'est le fait d'activer le lien et, donc, l'action de l'utilisateur qui déclenche cette transmission.

98. Dans le cas d'un lien automatique, la transmission, à partir du site d'origine de l'œuvre, est déclenchée par l'automatisme inscrit dans le code HTML du site contenant le lien. Ce site est donc à l'origine de la communication. Son propriétaire joue alors un rôle décisif dans la communication de l'œuvre faisant l'objet du lien à un public qui n'a pas été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la mise à disposition initiale, à savoir le public de son propre site Internet⁷⁷. Il

72 Arrêt du 7 août 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

73 Je laisse de côté d'autres effets indésirables des liens automatiques qui ne relèvent pas du domaine des droits patrimoniaux de l'auteur, comme l'atteinte aux droits moraux, la privation des revenus publicitaires liés à l'exploitation de l'œuvre, la concurrence déloyale ou encore le phénomène du « vol de la bande passante » (utilisation de la bande passante du serveur du site Internet cible du lien au profit du site contenant le lien).

74 Voir points 68 à 72 des présentes conclusions.

75 Arrêt du 7 août 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

76 Voir, en ce sens, arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, point 30).

77 Voir, en ce sens, arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, points 45 et 46).

effectue ainsi un acte de communication supplémentaire (acte de transmission), indépendant tant de la mise à la disposition du public de l'œuvre, qui a lieu sur le site d'origine, que de l'acte de donner un accès direct à cette œuvre que constitue le fait de placer un lien. Cet acte supplémentaire demande une autorisation du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre en question.

99. Il est vrai que, dans le cas du lien automatique, à la différence de la situation prévalant dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Renckhoff, le titulaire des droits d'auteur garde en principe le contrôle ultime sur la communication de l'œuvre, car il peut retirer cette œuvre du site d'origine, en rendant ainsi caduc tout lien vers celle-ci⁷⁸.

100. Cependant, premièrement, comme le souligne à juste titre le gouvernement français, mettre le titulaire des droits d'auteur devant l'alternative tranchée de tolérer l'utilisation non autorisée de l'œuvre par autrui ou de renoncer à son utilisation par soi-même irait à l'encontre de toute l'idée du droit d'auteur. L'objectif du droit d'auteur est en effet de permettre au titulaire de choisir librement la façon d'exploiter l'œuvre et d'en tirer des revenus, sans que cette exploitation puisse résulter en une utilisation subséquente non autorisée de l'œuvre en question.

101. Deuxièmement, le titulaire des droits d'auteur n'est pas toujours en mesure de retirer l'œuvre d'un site Internet, car son utilisation peut faire objet d'un contrat de licence⁷⁹. Ce titulaire serait donc obligé de révoquer son consentement pour l'exploitation de l'œuvre, avec toutes les conséquences juridiques et financières qui en découleraient.

102. Enfin, troisièmement, la perte de contrôle du titulaire des droits d'auteur sur son œuvre n'est aucunement une condition de l'existence d'un acte relevant du monopole du titulaire et, donc, d'une atteinte à ce monopole lorsque cet acte est réalisé sans son autorisation. Notamment, dans le cas de la communication au public, la communication secondaire peut constituer un tel acte, tout en étant dépendante de la communication initiale effectuée par le titulaire des droits d'auteur ou avec son autorisation⁸⁰.

103. Ce contrôle théorique qu'exerce le titulaire des droits d'auteur sur la mise à disposition initiale de l'œuvre ne saurait donc, à mon avis, déterminer l'appréciation, du point de vue du droit d'auteur, de l'utilisation subséquente de cette œuvre sous forme de lien automatique.

104. Il en est de même du fait qu'il est relativement facile de rendre caduc un lien automatique en modifiant l'adresse URL de l'œuvre en question, par exemple en modifiant le nom du fichier contenant cette œuvre. D'une part, le titulaire des droits d'auteur n'est pas toujours maître de la mise à disposition initiale de l'œuvre, notamment lorsqu'elle est effectuée sur le site Internet d'un licencié. Il n'est donc pas toujours libre de modifier l'adresse de l'œuvre, tout comme il ne peut pas la retirer du site Internet. D'autre part, cette mesure n'est possible qu'une fois l'utilisation de l'œuvre sous forme d'un lien automatique détectée, tandis que les droits exclusifs de l'auteur ont un caractère préventif, comme le souligne la Cour dans sa jurisprudence⁸¹.

105. Pour ces raisons, il y a lieu, selon moi, d'effectuer une distinction entre les liens « cliquables », auxquels se réfère la jurisprudence de la Cour, et les liens automatiques, qui font apparaître la ressource vers laquelle mène le lien automatiquement sur la page Internet contenant ce lien, sans que l'utilisateur ait besoin d'entreprendre aucune action. En effet, lorsque ces liens automatiques visent des

78 Arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, points 30 et 44).

79 Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), l'œuvre a été reproduite à partir d'un site appartenant non pas au titulaire des droits d'auteur, mais à un licencié.

80 Par exemple une retransmission du signal de la télévision dans les chambres d'un hôtel, voir arrêt du 7 décembre 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764).

81 Arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, point 29).

œuvres protégées par le droit d'auteur, il y a, tant du point de vue technique que fonctionnel, un acte de communication de l'œuvre visée à un public qui n'a pas été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de sa mise à disposition initiale, à savoir le public d'un autre site Internet que celui sur lequel cette mise à disposition initiale a eu lieu.

– *La situation des titulaires des droits d'auteur*

106. Une telle interprétation donnerait aux titulaires des droits d'auteur des instruments juridiques de protection contre l'exploitation non autorisée de leurs œuvres sur Internet. Ainsi, cela renforcerait leur position de négociation en vue d'octroyer des licences d'utilisation de ces œuvres. En effet, qui accepterait de payer un prix convenable pour l'utilisation d'une œuvre sur Internet s'il était possible et tout à fait légal de placer gratuitement un lien automatique vers le site Internet de l'auteur ou vers tout autre site sur lequel l'œuvre en question est mise à la disposition du public ?

107. Cette solution permettrait également la souplesse nécessaire dans les cas où les titulaires des droits d'auteur souhaiteraient autoriser des liens automatiques vers leurs œuvres. En effet, certains auteurs publient leurs œuvres sur Internet en vue de la plus large distribution possible de celles-ci, sans vouloir en tirer directement des revenus. Ces auteurs pourraient alors accompagner la mise à disposition de leur œuvre sur Internet d'une licence spécifiant les modes d'utilisation autorisés (par exemple, l'utilisation commerciale ou non) et les conditions de cette utilisation (par exemple, l'indication du nom de l'auteur), à l'instar du système des licences « Creative Commons »⁸². Les plateformes de partage des contenus sur Internet régissent déjà cette question dans leurs politiques concernant la réutilisation du contenu téléchargé par les utilisateurs, en laissant à ces derniers plus ou moins de liberté à ce sujet⁸³. Si la polémique surgit parfois sur le point de savoir si ces licences couvrent les liens automatiques ou le *framing*, elle a pour origine l'incertitude qui entoure le statut de ces techniques du point de vue du droit d'auteur. Une fois cette incertitude levée, les plateformes seront en mesure d'adapter leurs conditions d'utilisation en fonction⁸⁴.

108. Par ailleurs, certains liens automatiques vers des œuvres mises à la disposition du public sur Internet pourraient sans doute relever d'une des exceptions au droit de la communication au public prévues à l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/29. Je pense ici notamment aux exceptions de citation ainsi que de caricature, de parodie et de pastiche [respectivement, article 5, paragraphe 3, sous d) et k), de la directive 2001/29] qui seraient susceptibles de couvrir une bonne partie des pratiques courantes sur Internet. Ces utilisations devraient, bien entendu, remplir les conditions de l'application desdites exceptions.

– *L'ordonnance BestWater International*

109. Enfin, l'interprétation proposée ci-dessus peut sembler ne pas être pleinement conforme à la solution retenue dans l'ordonnance BestWater International⁸⁵. Je dois cependant formuler les remarques suivantes à propos de cette ordonnance.

82 Les licences Creative Commons constituent un ensemble de licences régissant les conditions de réutilisation et de distribution d'œuvres, notamment sur Internet, élaboré par une organisation à but non lucratif éponyme établie aux États-Unis. Ce système prévoit différentes licences en fonction de trois critères pouvant être librement combinés par l'auteur de l'œuvre lors de sa mise à disposition : utilisations commerciale ou non commerciale, caractère modifiable ou non modifiable de l'œuvre originale et éventuelle condition de la distribution de l'œuvre dérivée sous la même licence. Un système de signes, insérés à l'œuvre à l'aide de codes HTML, permet d'informer le public de la licence applicable.

83 Par exemple, les conditions d'utilisation du service YouTube stipulent : « Vous concédez [...] à chaque utilisateur du service une licence pour le monde entier, non exclusive et libre de droits permettant d'accéder à votre contenu par le biais du service, et d'utiliser ce contenu (y compris le droit de le reproduire, le diffuser, le modifier, l'afficher ou l'exécuter) tel qu'autorisé par les fonctionnalités du service. »

84 Une telle polémique a surgi récemment concernant une autre plateforme de partage de contenu, Instagram : <https://arstechnica.com/tech-policy/2020/06/instagram-just-threw-users-of-its-embedding-api-under-the-bus>.

85 Ordonnance du 21 octobre 2014 (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315).

110. Ladite ordonnance est fondée sur l'affirmation, contenue dans l'arrêt Svensson e.a., selon laquelle la constatation qu'un lien cliquable ne constitue pas une communication de l'œuvre à un public nouveau « ne saurait être remise en cause si la juridiction de renvoi devait constater [...] que, *lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause*, l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site »⁸⁶. Dans l'ordonnance BestWater International, cette situation a été assimilée « en substance » à celle d'un *inline link*⁸⁷.

111. Cependant, comme je l'ai exposé aux points 93 à 105 des présentes conclusions, il existe une différence substantielle entre l'incorporation d'une ressource à l'aide d'une technique de type *inline linking* et les liens cliquables, même lorsqu'ils utilisent le *framing*. Or, l'arrêt Svensson e.a.⁸⁸ ne concerne que les liens cliquables. Cet arrêt ne pouvait donc pas valablement servir de fondement à une ordonnance concernant l'*inline linking*. D'ailleurs, il paraît que le litige au principal dans cette affaire concernait un lien cliquable. Le dispositif de l'ordonnance BestWater International mentionne non pas l'*inline linking*, mais uniquement le *framing*⁸⁹.

112. Qui plus est, la juridiction de renvoi, dans la formulation de la question dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance BestWater International⁹⁰, et, par la suite, cette ordonnance avaient omis de prendre en compte certaines circonstances factuelles qui, si elles l'avaient été, auraient dû conduire à l'adoption d'une solution différente dans cette affaire. Premièrement, cette affaire concernait l'incorporation sur un site Internet d'une œuvre audiovisuelle mise en ligne sur la plateforme YouTube. Or, comme je l'ai mentionné⁹¹, les conditions d'utilisation de cette plateforme contiennent une licence expresse pour l'utilisation par des tiers des contenus mis en ligne sur cette plateforme. À ma connaissance, c'était le cas déjà à l'époque des faits au principal dans l'affaire en question. Deuxièmement, l'œuvre en question avait été mise à la disposition du public sur ladite plateforme sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur⁹². Il se peut donc que l'affaire aurait dû être jugée selon les principes dégagés postérieurement par la Cour dans son arrêt GS Media⁹³.

113. Je suis donc d'avis que l'ordonnance BestWater International⁹⁴ ne doit pas être considérée comme un précédent contraignant en ce qui concerne l'appréciation des liens automatiques à la lumière du droit de communication au public tel que prévu à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

– L'équilibre entre les différents intérêts en jeu

114. La différence de traitement que je propose d'appliquer, d'une part, aux liens cliquables utilisant le *framing* et, d'autre part, aux liens automatiques tels que je les ai définis ci-dessus peut ne pas paraître justifiée avec évidence. En effet, une fois que l'utilisateur a cliqué sur le lien, le résultat de ces deux techniques est, de son point de vue, similaire : l'objet du lien s'affiche en tant que partie intégrante de la page Internet contenant le lien. On pourrait alors légitimement se demander si les liens cliquables utilisant le *framing* ne devraient pas, à l'instar des liens automatiques, être considérés comme des actes de communication au public lorsqu'ils dirigent vers des œuvres protégées par le droit d'auteur.

86 Arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, point 29). C'est moi qui souligne.

87 Ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater International (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, point 17).

88 Arrêt du 13 février 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

89 Ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater International (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, point 5 et dispositif).

90 Ordonnance du 21 octobre 2014 (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315).

91 Voir note en bas de page 83 des présentes conclusions.

92 Ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater International (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, point 4, dernière phrase).

93 Arrêt du 8 septembre 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644).

94 Ordonnance du 21 octobre 2014 (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315).

115. Cependant, à part les différences techniques et fonctionnelles entre ces deux types de liens décrites aux points 93 à 98 des présentes conclusions, il me semble que cette distinction permet de réaliser au mieux un des objectifs de la directive 2001/29 qui est d'assurer un juste équilibre entre les intérêts des titulaires des droits d'auteur et ceux des utilisateurs⁹⁵. En effet, il serait souvent difficile pour l'utilisateur de savoir avec certitude si l'objet vers lequel il a posé un lien sur sa page Internet constitue une œuvre protégée par le droit d'auteur. Même un lien simple n'est pas à l'abri de tout risque, car la page d'accueil d'un site Internet ou ce site entier peut constituer une telle œuvre. Cette difficulté aurait pour effet de décourager les utilisateurs d'Internet, dans une mesure à mon avis disproportionnée par rapport aux intérêts légitimes des titulaires des droits d'auteur, de recourir au *framing*, pourtant répandu sur Internet et bien utile à son fonctionnement et à l'attractivité de nombreux sites Internet.

116. En revanche, il convient de relever, d'une part, que la distinction entre liens cliquables et liens automatiques est facilement perceptible pour tout utilisateur d'Internet et ne devrait créer aucune incertitude. Il est d'ailleurs rare que les liens automatiques soient utilisés pour incorporer des pages voire des sites Internet entiers. Cette technique sert normalement à incorporer des fichiers graphiques et audiovisuels.

117. D'autre part, si la Cour a souligné que les liens hypertextes contribuaient au bon fonctionnement d'Internet en permettant la diffusion d'information dans ce réseau⁹⁶, cela est sans aucun doute vrai concernant les liens cliquables⁹⁷. Je ne pense pas, cependant, que le même argument puisse être avancé s'agissant des liens automatiques. Tout au contraire, ces liens « aspirent » le contenu présent sur la Toile, dispensant les utilisateurs de « surfer » entre les différents sites Internet. Ils contribuent ainsi à la monopolisation de la Toile et à la concentration de l'information dans un nombre restreint de services dominant sur le marché qui appartiennent à un nombre encore plus limité de sociétés.

118. Il me semble donc que l'équilibre entre les différents intérêts en jeu justifie une différence de traitement entre les liens cliquables, y compris ceux qui utilisent le *framing*, et les liens automatiques. Si, en effet, on peut présumer que les titulaires des droits d'auteur ont pris en compte les premiers en autorisant la mise à disposition sur Internet de leurs œuvres, on ne saurait exiger d'eux qu'ils tolèrent les seconds.

119. Ainsi, je propose de juger que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que constitue une communication au public au sens de cette disposition le fait d'incorporer dans une page Internet des œuvres protégées par le droit d'auteur mises à la disposition du public en libre accès avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur sur d'autres sites Internet de telle façon que ces œuvres s'affichent automatiquement sur cette page dès son ouverture, sans aucune action additionnelle de l'utilisateur.

120. Cette considération s'applique indépendamment du fait que l'œuvre soit éventuellement incorporée sous forme de miniature (*thumbnail*) ou que, comme dans l'affaire au principal, la source de l'incorporation soit une miniature de l'œuvre originale. En effet, la modification de la taille ne joue pas de rôle dans l'appréciation de l'existence d'un acte de communication au public, tant que les éléments originaux de l'œuvre sont perceptibles⁹⁸. Par ailleurs, la taille d'une image sur une page Internet est relative, car elle dépend de la résolution de l'image et de la taille de l'écran sur lequel celle-ci est visualisée. La taille de l'affichage est adaptée non seulement au dessin de la page Internet

95 Considérant 31 de la directive 2001/29.

96 Arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, point 40 et jurisprudence citée).

97 Voir point 5 des présentes conclusions.

98 En revanche, l'incorporation d'une vignette de taille si réduite que les éléments originaux de l'œuvre en cause ne seraient pas perceptibles, par exemple afin de marquer l'emplacement d'un lien cliquable, ne constituerait pas un acte de communication au public de cette œuvre.

mais aussi, d'habitude, à la taille de l'écran de l'appareil sur lequel cette page s'ouvre. En revanche, les images sont rarement affichées à leur taille réelle, car celle-ci dépasse souvent, concernant les fichiers modernes, la taille d'un écran standard d'un ordinateur. Il serait donc difficile de déterminer ce qui constitue une miniature, une vignette ou la taille « normale » de l'image.

Les mesures de protection

121. L'interprétation que je propose de donner au sujet des liens automatiques ne répond toutefois pas complètement à la question posée par la juridiction de renvoi. En effet, le fait de considérer les liens automatiques comme des actes de communication au public ne résout pas le problème, soulevé dans la question préjudicielle, de savoir si l'utilisation du *framing* dans le cas des liens cliquables ne doit pas être aussi considérée comme une communication au public lorsque ces liens contournent les mesures techniques de protection contre le *framing*.

122. Selon VG Bild-Kunst, le gouvernement français ainsi que la Commission, il convient de répondre à cette question par l'affirmative. Telle est également la position de la juridiction de renvoi.

123. Je dois avouer que cette solution paraît à première vue saisissante. Elle a certainement le mérite d'être claire. Comme l'observe le gouvernement français, l'utilisation de mesures techniques de protection indiquerait clairement la volonté du titulaire des droits d'auteur de ne pas permettre l'accès du public à son œuvre au moyen des liens hypertextes utilisant le *framing*. Cette expression de volonté délimiterait avec certitude le cercle des personnes prises en compte par ledit titulaire lors de la mise à disposition initiale de l'œuvre.

124. Je pense cependant qu'une telle interprétation se heurte à plusieurs arguments majeurs.

125. Premièrement, dans de nombreuses situations de mise à la disposition du public des œuvres protégées sur Internet (ou, plus précisément, sur la Toile), le titulaire des droits d'auteur n'est pas en mesure de décider de l'utilisation des mesures techniques de protection. C'est notamment le cas des œuvres mises en ligne sous licence, c'est-à-dire non pas par le titulaire des droits d'auteur lui-même, mais par un tiers avec son autorisation⁹⁹. C'est également le cas des œuvres mises en ligne sur différentes plateformes de partage, dont les utilisateurs ne contrôlent ni la politique de protection du contenu ni l'utilisation des mesures techniques aux fins de cette protection. Enfin, la présente affaire démontre que les organisations de gestion collective des droits d'auteur peuvent exiger l'utilisation de telles mesures de protection, sans en être expressément mandatées par leurs membres.

126. Dans toutes ces situations, je ne vois pas comment il serait possible de considérer que l'utilisation, ou non, de mesures techniques de protection reflète une quelconque volonté du titulaire des droits d'auteur en ce qui concerne l'accès à son œuvre au moyen des liens hypertextes utilisant le *framing*.

127. Deuxièmement, la solution envisagée serait fondée sur une analogie avec la solution dégagée par la Cour dans l'arrêt *Svensson e.a.*, selon laquelle « 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 et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au

⁹⁹ C'était le cas, je le rappelle, de l'œuvre en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 août 2018, *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634).

public »¹⁰⁰. Autrement dit, un lien hypertexte ne donne lieu à une autorisation du titulaire des droits d'auteur que lorsqu'il élargit le cercle du public ayant accès à l'œuvre par rapport au public ayant été pris en compte par ledit titulaire lors de la mise à disposition initiale, notamment en contournant les mesures de restriction d'accès déployées lors de cette mise à disposition initiale.

128. Cependant, une différence fondamentale existe entre les mesures de restriction d'accès dont il est question dans cet arrêt et les mesures de protection contre le *framing*. Les mesures de restriction d'accès limitent effectivement le cercle de personnes susceptibles d'avoir accès à l'œuvre en question. Les personnes qui y accèdent en contournant ces mesures constituent donc un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur lors de la mise à disposition de son œuvre. S'il est vrai que ledit titulaire n'a pas toujours le contrôle sur l'utilisation de ces mesures, cette utilisation constitue normalement un élément de la négociation du prix de la licence d'utilisation, car elle détermine le revenu espéré de cette utilisation et, donc, la valeur de la licence. Le titulaire des droits d'auteur prend donc en compte ces mesures de restriction en acceptant un prix de la licence. En ce qui concerne les cas de mise à disposition des œuvres par les titulaires des droits d'auteur eux-mêmes, ces derniers ont normalement un certain degré de contrôle sur le cercle des personnes ayant accès aux œuvres. C'est le cas, notamment, des sites Internet construits « sur mesure », mais également des plateformes de partage qui permettent, d'habitude, à tout le moins, de spécifier si la mise en ligne a un caractère « public » ou « privé ». Ainsi, il est à mon avis permis de considérer que le choix effectué à ce sujet par le titulaire des droits d'auteur reflète effectivement, en tout cas dans la plupart des situations, sa volonté en ce qui concerne le public qu'il avait pris en compte lors de la mise à disposition initiale de l'œuvre.

129. Il en est tout autrement dans le cas des mesures de protection contre le *framing*. En effet, ces mesures restreignent non pas l'accès à l'œuvre ni même une voie d'accès à celle-ci, mais uniquement une façon de l'afficher sur l'écran. Elles se traduisent souvent en un refus du navigateur d'ouvrir la page cible du lien dans un cadre, qui, par la suite, soit propose d'ouvrir cette page dans une nouvelle fenêtre, soit l'ouvre automatiquement à la place de la page contenant le lien. Le lien se comporte alors comme un lien hypertexte standard. Il ne saurait donc en aucun cas être ici question d'un public nouveau, car le public est toujours le même : celui du site Internet cible du lien. Il n'y a donc pas d'analogie avec les mesures de restriction d'accès à l'œuvre en ce qui concerne l'appréciation de l'existence du public nouveau. Ainsi, mis à part le fait que l'utilisation de telles mesures ne reflète que rarement la volonté du titulaire des droits d'auteur, ces mesures ne déterminent pas le cercle de personnes ayant été pris en compte comme public potentiel de la mise à disposition de l'œuvre. Leur contournement éventuel n'élargit donc pas ce cercle et ne saurait dès lors être constitutif d'un acte de communication au public en vertu de la théorie du public nouveau.

130. Enfin, troisièmement, la solution consistant à lier l'étendue des droits exclusifs d'auteur à l'application non pas de mesures techniques de restriction d'accès, mais de mesures techniques de protection contre certaines pratiques sur Internet pousserait à mon avis le droit d'auteur de l'Union dans une dangereuse direction. Une telle solution signifierait en effet que l'application des mesures de protection technique serait une condition préalable à la protection juridique conférée par le droit d'auteur et irait à l'encontre du principe selon lequel la protection conférée par le droit d'auteur est inconditionnelle¹⁰¹. La Cour a déjà explicitement rejeté l'idée que la protection conférée par le droit de communication au public pourrait être conditionnée par le fait, pour le titulaire des droits d'auteur, de restreindre la possibilité d'utilisation de l'œuvre par les internautes¹⁰².

100 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 31).

101 Ou, plus précisément, n'est conditionnée que par l'existence d'une œuvre entendue comme l'expression de la création intellectuelle de son auteur.

102 Arrêt du 7 août 2018, *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634, point 36).

131. À mon avis, il est préférable de délimiter de manière certaine l'étendue des droits exclusif d'auteur et de permettre des solutions *opt-out*, telles que celles décrites au point 107 des présentes conclusions, plutôt que de transformer le système du droit d'auteur, en ce qui concerne les utilisations en ligne, en un système *opt-in* conditionné par l'application de mesures techniques de protection. Les objectifs de la directive 2001/29, visant, d'une part, à instaurer un niveau élevé de protection des titulaires des droits et, d'autre part, à assurer un juste équilibre entre les intérêts desdits titulaires et ceux des utilisateurs¹⁰³, seront ainsi mieux atteints.

132. Pour l'ensemble des raisons que je viens d'exposer, je propose de répondre à la question préjudicielle que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que ne constitue pas une communication au public, au sens de cette disposition, l'incorporation au moyen du *framing* dans le site Internet d'un tiers d'une œuvre mise à disposition en libre accès sur un site Internet, avec le consentement du titulaire des droits, lorsque cette incorporation contourne des mesures de protection contre le *framing* adoptées ou imposées par le titulaire des droits d'auteur.

L'article 6 de la directive 2001/29

133. Il pourrait encore être pertinent, pour la solution du litige au principal, de déterminer si les mesures techniques de protection contre l'incorporation sur des pages Internet d'œuvres contenues sur d'autres sites Internet peuvent elles-mêmes bénéficier de la protection, juridique cette fois, au titre de l'article 6 de la directive 2001/29.

134. En vertu de cet article, les États membre ont l'obligation d'assurer une protection juridique contre le contournement, effectué en connaissance de cause, de toute mesure de protection efficace. Les mesures de protection au sens de cette disposition sont, notamment, les technologies destinées à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par les titulaires des droits d'auteur. Elles sont réputées efficaces lorsqu'elles confèrent auxdits titulaires le contrôle de l'utilisation de l'œuvre grâce à, notamment, toute transformation de l'œuvre.

135. Il semble que les mesures de protection contre l'incorporation des œuvres à partir d'autres sites Internet remplissent, en principe, ces conditions. Il s'agit en effet de technologies qui, grâce à une transformation de l'œuvre, c'est-à-dire du code de la page Internet contenant cette œuvre, confèrent au titulaire des droits d'auteur le contrôle sur l'utilisation de l'œuvre sous forme de son incorporation à un autre site Internet. Si ces mesures ne sont pas capables d'empêcher complètement une telle utilisation, car des « contremesures » existent, elles peuvent certainement la limiter.

136. La Cour a jugé, cependant, que la protection juridique visée à l'article 6 de la directive 2001/29 s'applique uniquement en vue de protéger le titulaire des droits d'auteur contre les actes pour lesquels son autorisation est exigée¹⁰⁴. Or, comme je propose de le juger, l'incorporation des œuvres provenant d'autres sites Internet à l'aide de liens cliquables utilisant le *framing* n'exige pas l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, car celui-ci est censé l'avoir donnée lors de la mise à disposition initiale de l'œuvre. Les mesures de protection contre de tels actes, bien que légales, ne bénéficient donc pas de la protection au titre de l'article 6 de la directive 2001/29.

137. En revanche, l'incorporation des œuvres provenant d'autres sites Internet à l'aide des liens automatiques (*inline linking*) exige, selon ma proposition, l'autorisation du titulaire des droits d'auteur. Les mesures techniques de protection contre une telle incorporation relèvent donc de l'article 6 de la directive 2001/29.

¹⁰³ Considérants 9 et 31 de la directive 2001/29.

¹⁰⁴ Arrêt du 23 janvier 2014, Nintendo e.a. (C-355/12, EU:C:2014:25, point 25).

138. Je propose donc de considérer que les mesures techniques de protection contre l'incorporation dans une page Internet des œuvres protégées par le droit d'auteur mises à la disposition du public en libre accès avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur sur d'autres sites Internet, de telle façon qu'elles s'y affichent automatiquement dès l'ouverture de cette page, sans aucune action additionnelle de l'utilisateur, constituent des mesures de protection efficaces au sens de l'article 6 de la directive 2001/29.

Conclusion

139. Au vu de tout ce qui précède, je propose de donner la réponse suivante à la question préjudicielle posée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) :

- 1) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information doit être interprété en ce sens que constitue une communication au public au sens de cette disposition le fait d'incorporer dans une page Internet des œuvres protégées par le droit d'auteur mises à la disposition du public en libre accès avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur sur d'autres sites Internet, de telle façon qu'elles s'affichent automatiquement sur cette page dès son ouverture, sans aucune action additionnelle de l'utilisateur.
- 2) Cet article doit être interprété en ce sens que ne constitue pas une communication au public au sens de cette disposition l'incorporation, à l'aide d'un lien cliquable utilisant la technique de *framing*, dans le site Internet d'un tiers d'une œuvre ayant été mise à la disposition du public en libre accès sur un site Internet, avec le consentement du titulaire des droits, lorsque cette incorporation contourne des mesures de protection contre le *framing* adoptées ou imposées par le titulaire des droits d'auteur.
- 3) Les mesures techniques de protection contre l'incorporation dans une page Internet des œuvres protégées par le droit d'auteur mises à la disposition du public en libre accès avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur sur d'autres sites Internet, de telle façon qu'elles s'y affichent automatiquement dès l'ouverture de cette page, sans aucune action additionnelle de l'utilisateur, constituent des mesures de protection efficaces au sens de l'article 6 de la directive 2001/29.