

NUMÉRO 17  
OCTOBRE 2023

# REVUE FRANCOPHONE DE LA **PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

---



ASSOCIATION FRANCOPHONE DE  
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

[www.revue-rfpi.com](http://www.revue-rfpi.com)

ISSN 2490-8347

# Les Liens Hypertextes et le Droit de Propriété Intellectuelle au Brésil

## *Hypertext Links and Intellectual Property Rights in Brazil*

Priscila FURGERI MORANDO

*Avocate au Brésil, Huck Otranto Camargo  
Master en PI - Universités Paris XI et Paris I Panthéon-Sorbonne*

*Cet article s'intéresse à la notion de « liberté de lier » et à son appréhension à l'étranger (notamment par les pays de tradition juridique romano-germanique) afin de dresser les limites de cette liberté. Ensuite, il s'intéresse à l'identification des moyens permettant la protection des droits de propriété intellectuelle affectés par des liens hypertextes alors que ceux-ci ne sont ni réglementés, ni bien encadrés/appréhendés par la jurisprudence au Brésil.*

*This article focuses on the notion of «freedom to link» and its apprehension abroad (especially by countries of Romano-Germanic legal tradition) to draw the limits of this freedom. Second, it focuses on the identification of means for the protection of intellectual property rights affected by hypertext links when they are neither regulated nor well regulated/apprehended by the jurisprudence in Brazil.*

### Introduction

Le référencement désigne l'acte de faire référence à des sujets sur lesquels on peut obtenir des informations plus précises, en permettant une lecture non linéaire. Les textes imprimés, les notes de bas de page, les commentaires et les digressions en sont des exemples. Sur Internet, le référencement se manifeste essentiellement par des liens hypertextes ou hyperliens, auxquels s'ajoutent *tags* et *hashtags*.

La communication devient plus dynamique et les internautes finissent par pouvoir interagir directement sur les contenus disponibles en ligne. Ce sont à la fois les fournisseurs de contenu et les internautes qui créent les liens hypertextes vers des sites, des

pages ou encore des contenus, allant de simples informations à des œuvres littéraires et artistiques, des phonogrammes ou des vidéogrammes, des logiciels en format téléchargeable ou encore des bases de données. C'est la manifestation pure et simple de la liberté d'expression qui amplifie la circulation des données.

Les liens hypertextes peuvent être présentés soit sur les pages internet, soit en tant que résultat des requêtes sur les moteurs de recherche. Ils peuvent être internes ou externes, simples ou profonds, visibles ou invisibles, activables ou automatiques<sup>1</sup>, et

---

<sup>1</sup> **Le lien interne** donne accès à des pages d'un même site ; **le lien externe** dirige l'internaute vers une page différente de celle qui insère le lien. **Le lien simple** établit l'accès à la page d'accueil d'un autre site, alors que **le lien profond** dirige l'internaute vers une page interne d'un site différent de celui qui publie le lien, sans l'obliger à passer par la page d'accueil du site ciblé. Ces liens peuvent être **visibles** et **cliquables** ;

dans ce cas, ils sont activés par un clic sur un pointeur sous la forme d'un texte, souvent coloré en bleu, ou d'une image sous la forme de vignettes. Ils peuvent encore être **automatiques**, étant activés par le concepteur du site, et **invisibles** entraînant « l'utilisateur, sans qu'il le sache, vers une galaxie de sites ». Rapport du FDI, 2003, p. 125-127.

l'éventuelle mise en jeu des droits exclusifs varie selon le type de lien.

Les liens simples, visibles et cliquables ne posent pas de problème juridique<sup>2</sup>, car ils exécutent leur fonction première, à savoir celle d'indiquer un chemin. Les liens profonds remplissent, en principe, la même fonction, mais vers une page interne d'un site tiers. Tous deux utilisent une technique transparente d'affichage de contenu : ils indiquent le chemin et lorsque l'internaute clique sur ceux-ci, il s'aperçoit qu'il sort du site liant. On peut les appeler « liens de cheminement ».

En revanche, le problème surgit quand les liens profonds mettent en jeu un moyen technique plus intrusif<sup>3</sup> qui transforme le mode d'affichage de contenu envisagé initialement (*framing*) et/ou masque son origine (*inline linking*) en faisant une présentation autonome des contenus. Ils donnent à l'internaute l'impression qu'il reste sur le site liant, le laissant dans l'ignorance vis-à-vis du fait qu'il a été redirigé vers un autre site. On peut également les désigner par le terme « liens d'incorporation ».

C'est le cas de certains fournisseurs de services ou de produits, souhaitant utiliser licitement les créations d'autrui et les offrir gratuitement aux internautes en se servant des liens menant vers des contenus protégés pour s'exempter du paiement redevable aux ayants droit. Ils gagnent de l'argent avec les publicités présentes sur leurs pages et maximisent l'opération sans déboursier un centime du fait de cet usage.

Ce modèle d'affaire sur Internet suscite de plus en plus le problème de partage de valeur des créations intellectuelles. En Europe, les éditeurs de presse ont été les premiers à ouvrir le débat sur les moteurs de recherche

qui posent des liens vers leurs contenus journalistiques protégés. Quelques années plus tard, le Parlement européen a adopté la directive 2019/790<sup>4</sup> sur le droit d'auteur qui octroie, entre autres, aux éditeurs de presse un droit voisin qui les rend éligibles à une rémunération du fait de l'usage de leurs publications par des services de communication en ligne. Mais la même directive dispose que ce droit de rémunération ne s'applique pas aux hyperliens, faisant de ces liens une véritable exception au droit d'auteur.

L'expérience étrangère a déjà fourni quelques pistes sur le régime juridique des liens hypertexte. Cependant, au Brésil, il y a un vide juridique sur ce sujet, vide qui s'observe également par le peu de décisions rendues en la matière.

Dans un premier temps, cet article s'intéresse à la notion de « liberté de lier » envisagée par les régimes étrangers, afin de dresser les limites de cette liberté au regard de l'approche juridique de tradition romano-germanique (Partie 1). Dans un second temps, il s'intéresse aux moyens existants pour protéger les droits affectés par des liens d'incorporation au Brésil, alors que les liens hypertextes ne sont ni réglementés, ni bien cernés par la jurisprudence (Partie 2).

## Partie 1 : La notion de « liberté de référencement » ou de « liberté de lier »

Les hyperliens sont devenus l'essence même du web, au travers desquels les personnes exercent la liberté d'expression ou jouissent de leur droit d'accès à l'information ; les commerçants exercent, eux, la liberté d'entreprendre quand ils ont l'intention d'amplifier leur visibilité par de multiples

<sup>2</sup> À cet égard, voir le Rapport du Forum des droits sur l'internet, 2003, p. 162.

<sup>3</sup> C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n. 121.13, p. 836 : « On parle de framing [ou d'encadrement] lorsque ces éléments sont placés dans une fenêtre distincte de celle du site source et de inline linking, ne permettant pas à l'internaute de faire

la différence entre les éléments d'origine et les éléments importés ».

<sup>4</sup> Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

sources (sites, réseaux sociaux, etc.) ou quand ils recourent à des liens sponsorisés, entre autres.

Il se trouve que la « liberté de lier » est une notion floue, historiquement, issue de la jurisprudence (I). A l'étranger, plusieurs décisions ont été rendues sur l'utilisation de liens hypertextes, dont certaines sur les types de liens hypertextes considérés comme les plus intrusifs pour le droit d'auteur, et dont nous pouvons nous inspirer pour en exposer des limites fondées sur un guide de conduite (II).

## I. La consécration de la « liberté de lier »

L'un des premiers cas d'usage des liens hypertextes a eu lieu en Écosse en 1997<sup>5</sup>, dans lequel la société *Zetnews Ltd et al.* développait son activité en se servant des contenus journalistiques de *The Shetland Times*, auxquels elle donnait accès au travers de liens d'incorporation, sans permettre aux internautes d'identifier l'origine du contenu.

Dans des cas semblables aux États-Unis, *The Washington Post Co., et al.* reprochait à *TotalNews, Inc.* l'insertion de liens d'incorporation vers les articles de *The Washington Post* en les affichant depuis son site grâce à la technique du *framing*<sup>6</sup>. Cependant, ces deux affaires ayant fait l'objet d'une transaction, les poursuites judiciaires ont été interrompues et la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la « liberté de lier ».

Au début des années 2000, aux États-Unis, une affaire *Arriba c/ Kelly*<sup>7</sup> a opposé le photographe *Leslie Kelly* au moteur de recherche *Arriba* qui fournissait des liens vers ses photographies sous forme de vignettes. Ici, le juge n'a pas fait mention d'une « liberté de lier » sans préalable autorisation du photographe mais il a cependant fait appel à la théorie de « *fair use* » pour admettre la licéité des liens.

Toujours aux États-Unis, *TicketMaster, Corp.* a reproché à la société *Microsoft*<sup>8</sup> et à la société *Tickets*<sup>9</sup> d'avoir posé des liens d'incorporation vers son système de paiement de billets, même suite à la mise à jour de *TicketMaster* sur son site de ses conditions d'utilisation, interdisant expressément la mise en place de liens hypertextes vers celui-ci. Dans ces affaires, le juge a estimé que ces conditions générales d'utilisation du site n'étaient pas opposables aux tiers<sup>10</sup>. L'admission d'une liberté de lier est, ici, implicite.

En France, le Tribunal de commerce de Nanterre a été, en 2000, le premier à faire appel au principe de « liberté de lier », en invoquant que « la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement »<sup>11</sup>.

En 2002, toujours en France, le Forum des droits sur l'internet a ouvert le débat sur la pose des liens hypertextes. Il en a fait de même en 2023, occasion à laquelle il a fini,

---

<sup>5</sup> Scotland Court of Sessions, 24 oct. 1996, FSR 604, *The Shetland Times Ltd. v. Dr. Jonathan Wills and Zetnews Ltd.*

<sup>6</sup> *The Washington Post Co., et al. v. TotalNews, Inc.* United States District of New York, 20 février 1997, n. 97, civ. 1190.

<sup>7</sup> *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 6 février 2002, n. 00-55521.

<sup>8</sup> *Ticketmaster Corp., et al. v. Microsoft, Corp.*, United States District of California, le 28 avril 1997.

<sup>9</sup> *Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc.*, United States District of California, le 27 mars 2000, n. 99-CV-07654.

<sup>10</sup> En revanche, dans une affaire jugée par la CJUE le 25 janv. 2015 opposant la compagnie aérienne *Ryanair* au site comparateur de prix de vols, la Cour de justice a décidé qu'une base de données n'étant protégée ni par le droit d'auteur, ni par le droit *sui generis* pouvait se prévaloir des conditions d'utilisation de son site afin d'éviter l'extraction de données par des tiers agissant commercialement. CJUE, 15 janv. 2015, n° C-30/14, aff. *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV, RLDI* 2015/112, n. 3657.

<sup>11</sup> Trib. com. Nanterre, ord. réf., 8 nov. 2000, *Stepstone France c/ Ofir France*.

dans son rapport, par renforcer la liberté de lier, dispensant l'autorisation préalable des ayants droit, lorsque les liens visent juste à informer<sup>12</sup> et respectent les droits des tiers. ans plus tard, le Rapport du CSPLA sur le référencement des œuvres sur internet a réaffirmé les conclusions dudit Forum à propos des fondements de la liberté de lier et fait valoir que le référencement « peut également se réclamer » de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté d'expression<sup>13</sup>.

En 2014, dans l'affaire *Svensson*<sup>14</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne s'est intéressée à la pratique constituant à poser des liens hypertextes vers des articles de presse protégés par le droit d'auteur librement accessibles sur un site d'un journal. Dans l'affaire *Bestwater*<sup>15</sup>, la même Cour de justice s'est prononcée sur la question de savoir si la pose de lien d'incorporation vers une vidéo institutionnelle insérée par son titulaire sur YouTube était reprochable, notamment lorsqu'il donne à l'utilisateur l'impression que le contenu est montré depuis le site où se trouve ce lien, alors que le contenu provient en réalité d'un autre site dont le mode d'affichage ne permet pas aux internautes de savoir qu'ils ont été renvoyés vers ce dernier.

En somme, dans les deux cas, la Cour s'est intéressée au public concerné et a considéré en l'espèce que l'établissement de liens hypertextes ne visait pas un « public nouveau », parce que l'œuvre pointée a été insérée dans le site cible avec l'autorisation de l'auteur et ce site pointé n'imposait pas de restrictions d'accès au public. Ainsi, la Cour a fini par juger qu'il n'y avait pas de violation du « droit de communication au public », ignorant ainsi l'acte de dissimulation du poseur des liens dans l'affaire *Bestwater*. Dans ces cas, il semble que la seule raison de la

Cour pour imposer le critère « public nouveau » soit sa volonté de réaffirmer la « liberté de lier ».

Contrairement à ces cas où les hyperliens pointaient vers des contenus insérés dans un site avec l'autorisation de l'auteur, dans l'affaire *GS Média*<sup>16</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne s'est demandé si la pratique des liens vers des photographies inédites, mais insérées dans le site cible sans l'autorisation de l'auteur et des ayants droits (c'est-à-dire, contenus illicite ou contrefaits) serait reprochable. Soulignons le fait que, dans ce cas, GS Media en a été averti par les titulaires du droit d'auteur. La Cour a jugé, cette fois, que le placement des liens hypertextes vers des œuvres illégalement insérées dans le site cible constituait une atteinte au « droit de communication au public » quand il est fait à but lucratif, car « il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte ». Cependant, lorsque la Cour européenne a souligné qu'il y aurait une présomption en faveur du poseur des liens hypertextes agissant sans but lucratif parce qu'il « n'intervient, en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet », il nous semble que la Cour a ainsi décidé de ne pas risquer de fragiliser la tendance de renforcement de la « liberté de lier ». Au Brésil, les tribunaux ont essentiellement pu se pencher sur trois types de pratiques :

- l'utilisation de la marque d'un concurrent comme mot-clé dans le

---

<sup>12</sup> Voir le premier rapport du FDI, année 2002, Note intermédiaire sur le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique, p. 226.

<sup>13</sup> V.-L. Benabou *et. al.*, Rapport du CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, 2013, p. 14, accessible au lien suivant : <https://www.culture.gouv.fr/Espace->

[documentation/Rapports/Commission-du-CSPLA-relative-au-referencement-des-aeuvres-sur-Internet](#)

<sup>14</sup> CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12.

<sup>15</sup> CJUE, 21 oct. 2014, *Bestwater*, aff. C-348/13.

<sup>16</sup> CJUE 8-9- 2016 aff. 160/15, *RJDA* 3/17 no 214.

- service de liens sponsorisés par les moteurs de recherche ;
- l'usage d'un outil de réseaux sociaux, comme Facebook, Instagram, Flickr, etc., qui permet, sauf si l'utilisateur ne l'autorise pas, le partage via hyperliens des photographies publiées sur le profil du photographe sur les réseaux sociaux des prestataires de service de tourisme ; et
  - un cas (unique) de lien d'incorporation menant à un enregistrement phonographique d'un événement culturel publié sur un autre site, en déviant ainsi, le flux des internautes et, par conséquent, les bénéfices tirés de la publicité de ce dernier site au profit de l'autre.

Le premier type de cas n'est pas nécessairement l'objet principal de cet article, mais étant à peu de chose près la référence primaire de la jurisprudence brésilienne sur les hyperliens, il convient de le mentionner.

Cependant, bien qu'il n'y ait pas, à notre avis, d'usage de marque (au sens juridique du terme) du concurrent quand l'annonceur enregistre cette marque comme mot-clé - et cette pratique pourrait être conçue comme l'expression de la liberté d'entreprendre sans préjudice concret des concurrents -, la jurisprudence la comprend comme une pratique abusive méritant d'être sanctionnée au nom de la concurrence déloyale et parasitaire<sup>17</sup>.

Dans le deuxième type de cas, la jurisprudence brésilienne a sanctionné, sans distinguer au cas par cas, l'usage d'hypertextes sur les réseaux sociaux pour référencer des photographies publiées sur un autre profil même quand l'auteur n'a pas préalablement activé de restriction à l'outil de partage des contenus et quand le référencement est fait avec la mention du nom de l'auteur et sa source originale<sup>18</sup>. Dans ce type de cas, il suffit pour la jurisprudence de l'absence de l'autorisation expresse de l'auteur quant à la pose des liens vers ses

---

<sup>17</sup> Voir un exemple de la Cour Supérieure de Justice (STJ): « Utilizar a marca de um concorrente como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o link do concorrente usurpador é capaz de causar confusão quanto aos produtos oferecidos ou a atividade exercida pelos concorrentes. Ainda, a prática desleal conduz a processo de diluição da marca no mercado e prejuízo à função publicitária, pela redução da visibilidade » [Traduction libre : « Utiliser la marque d'un concurrent comme mot-clé pour rediriger le consommateur du produit ou service vers le lien du concurrent usurpateur est susceptible de créer de la confusion quant aux produits proposés ou à l'activité exercée par les concurrents. En outre, la pratique déloyale entraîne le processus de dilution de la marque sur le marché et des dommages à la fonction publicitaire, en raison de la réduction de la visibilité »] (STJ, REsp 937989/ SP, jugé le 7.11.2022).

Dans le même sens : STJ, REsp 1.606.7811 / RJ, jugé le 13 décembre 2016 ; TJSP, Appel. 1000695-78.2022.8.26.0320, jugé le 22 mai 2023 et TJSP, Appel. n° 1005719-27.2020.8.26.0007, jugé le 22 mai 2023 et TJSP Agr. n.° 2065410-10.2019.8.26.0000, 1<sup>a</sup> Cam., j. 21 août 19, entre autres.

<sup>18</sup> Voir, à titre d'exemple, la décision du Tribunal de l'État de São Paulo dans l'affaire Expedia vs Giuseppe Stuckert : « há que se reconhecer que a apelante fizera uso indevido da imagem fotográfica ao publicá-la em seu site comercial, praticando ato ilícito e devendo por isso

*reparar dano moral que causou ao autor, proprietário dessa imagem. Correta a r. sentença, pois, ao considerar que a fotografia foi publicada pela ré sem autorização do autor, não descaracterizando esse uso indevido o fato de se tratar de uma fotografia com cujo compartilhamento o autor acedera, ato esse o de habilitar o compartilhamento que não equivale, no plano jurídico-legal, ao de autorizar o uso para qualquer fim, nomeadamente comercial »*

[Traduction libre : « Il faut reconnaître que l'appelant a fait un usage abusif de l'image photographique en la publiant sur son site marchand, commettant un acte illicite et, pour cette raison, devra réparer le préjudice moral qu'elle a causé à l'auteur, propriétaire de cette image. Est correcte, ainsi, la décision du juge considérant que la photographie a été publiée par l'appelant sans l'autorisation de l'auteur ; cette utilisation induite n'est pas décaractérisée par le fait qu'il s'agit d'une photographie dont l'accès avait été autorisé par l'auteur au moyen du partage en ligne, ce qui n'équivaut pas, sur le plan juridico-légal, à l'acte d'autoriser l'utilisation à quelque fin que ce soit, surtout celle de fin commerciale » (Tribunal de l'État de São Paulo (TJSP), Appel. 1026226-40.2015.8.26.0506, jugé le 8 février 2022). Dans le même sens : Tribunal de l'État de Rio de Janeiro, 19<sup>e</sup> Cam. Appel. n. 0089280- 81.2017.8.19.0001, jugé le 13.8.19 et TJSP, Appel 1023302-85.2017.8.26.0506, jugé le 22 novembre 2018).

œuvres pour conclure que cette pratique serait illicite.

Dans le dernier cas, le Tribunal de Justice de l'État de Rio Grande do Sul a jugé qu'« il y a eu une utilisation non autorisée du système de transmission du demandeur, telle que la mise en place de la page du défendeur, qui a vu son nombre d'accès augmenter, impliquant, d'autre part, la diminution du nombre d'accès à la page d'accueil de l'auteur, ce qui a eu une influence directe sur ses contrats publicitaires »<sup>19</sup>.

Il est important de souligner que toutes ces décisions rendues par les juridictions brésiliennes n'examinent pas le statut juridique des liens hypertextes et de la liberté de référencement sur Internet, contrairement aux décisions étrangères, ce qui n'empêche pas d'identifier les contours du référencement et ses limites selon l'approche brésilienne.

## II. Les limites à la liberté de lier

Le Brésil est un pays de tradition civiliste romano-germanique et, en matière de droit de la propriété intellectuelle, il trouve ses racines dans le droit français, en opposition aux pays de *Common Law*. Ainsi il est intéressant de se pencher sur les régimes adoptés en Europe continentale pour tenter de dresser les limites à la liberté de lier au Brésil.

La « liberté de lier » oppose, d'une part, la liberté d'expression et la liberté du commerce et de l'industrie et, d'autre part, le droit de la propriété intellectuelle, ce dernier étant reconnu comme un droit fondamental dans les constitutions de pays de l'Europe continentale et du Brésil<sup>20</sup>, conformément à l'article 27-2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, publiée par les Nations Unies en 1948.

En termes généraux, la notion de liberté s'attache au principe d'égalité, étant entendu que toute liberté ne représente aucune restriction à celle d'autrui ; alors qu'en termes juridiques, la liberté rencontre, dans le droit civil, des limites imposées par le droit d'autrui.

Ainsi, les liens hypertextes, qui remplissent une fonction d'information, ont pour effet de faire primer la liberté d'expression au détriment du droit exclusif. *A contrario*, les liens qui révèlent l'intention de son poseur d'incorporer l'œuvre pointée en la présentant comme si elle lui appartenait, « afin de dissimuler aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément »<sup>21</sup>, mettent en évidence le droit exclusif au détriment desdites libertés. afin de dissimuler aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément.

Cependant, et malgré quelques exemples de la jurisprudence essayant de pallier le champ restreint des exceptions au droit d'auteur, le législateur brésilien, dans la lignée de la Convention de Berne, a jugé la liste d'exceptions<sup>22</sup> comme étant exhaustive. Or, estimer la liste des exceptions achevée, dans un univers numérique où les moyens d'exploitation des œuvres changent sans cesse, impose la réflexion sur l'approche analytique dans une liste exhaustive d'exceptions en opposition à l'approche synthétique et ouverte du monopole des auteurs. Finalement, le test en trois étapes, prévu par la Convention de Berne, n'est pas suffisant pour dresser le régime juridique des liens hypertextes dans la mesure où ce test exige que les exceptions au droit d'auteur soient limitées à certains cas spéciaux.

À défaut d'une définition juridique dans la loi brésilienne, on pourrait envisager la possibilité, ainsi qu'au Portugal<sup>23</sup> et en

<sup>19</sup> TJRS, Apel. n° 70007110612, jugé le 30/09/2004.

<sup>20</sup> Brésil, Constitution, article 5, XXVII et XXVIII

<sup>21</sup> CJUE, 9 mars 2021, *VG Bild Kunst*, aff. C-392/19.

<sup>22</sup> Voir les articles 46, 47 et 48 de la loi brésilienne, Loi de droit d'auteur n° 9.610 de 1998.

<sup>23</sup> Voir Décret-loi du Portugal n° 7/2004, qui a transposé la directive (EU) 2000/31, Chapitre III sur la responsabilité des fournisseurs de service en ligne,

Espagne<sup>24</sup> par exemple, d'encadrer l'exercice de la liberté de lier en mettant en balance d'autres droits. De même et en l'absence de la détermination d'un régime spécifique, on peut s'interroger sur les limites de la liberté de lier fondées sur les principes du droit civil : la loyauté, l'honnêteté, la bonne foi et l'absence d'abus dans l'exercice des droits.

La Convention de Berne ne contient aucune disposition au sujet de la loyauté, l'honnêteté, la bonne foi et l'absence d'abus de droit. Un constat identique peut être fait à propos des traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et les droits voisins.

L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - ADPIC (ou TRIPS<sup>25</sup>) signé le 15 avril 1994 a repris la formule du test en trois étapes, à l'article 13, pour les droits de propriété littéraire et artistique. Cependant, en droit des marques, l'accord ADPIC fait référence, en son article 17, au critère de l'« usage loyal de termes descriptifs ».

La raison pour laquelle l'accord ADPIC ne fait référence au critère de loyauté qu'en droit des marques n'a rien à voir avec la volonté de le dispenser dans le cas des œuvres littéraires et artistiques. En réalité, l'accord n'a retenu que les formules prévues par la Convention de Berne et de Paris<sup>26</sup>.

En Europe, la directive (EU) n° 2000/31, en son considérant 29, dispose que les communications commerciales respectent un certain nombre d'obligations dans l'intérêt de la protection des consommateurs et

conformément à la loyauté des transactions. Les directives (EU) n° 2001/29 et n°2019/790 ne font référence qu'à la protection contre la concurrence déloyale.

Au Brésil, l'ancien Code de commerce de 1850 ou la Loi de propriété industrielle de 1971 ne contenaient pas de mention à la loyauté et à l'honnêteté et la Loi de propriété industrielle n° 9.279 de 1996 en vigueur contient juste des dispositions relatives à la concurrence déloyale, sans mentions à la loyauté et à l'honnêteté en termes plus généraux.

Toutefois, il ressort de ces textes que, même sur Internet et pour le référencement, les prestataires doivent observer les « usages loyaux et honnêtes » dans leurs activités de manière générale, que ce soit auprès de leurs concurrents ou dans leurs relations avec les internautes<sup>27</sup>, sans préjudice au droit d'autrui, comme l'énonce l'article 186 du Code civil brésilien.

En ce qui concerne les utilisateurs souhaitant établir des liens vers des créations d'autrui, il n'y a pas de paramètre de conduite fondé sur lesdits critères, sauf l'impossibilité énoncée par l'article 186 du Code civil brésilien d'agir pour causer le préjudice d'un tiers. Malgré la maxime normative établissant que « nul n'est censé ignorer la loi », il est parfois difficile pour les internautes de cerner quand il y a un abus de droit.

---

art. 19, alinéa 3, établit que l'analyse sur le caractère illicite du référencement est faite à partir de certaines circonstances : « a) *A confusão eventual dos conteúdos do sítio de origem com os de destino*; b) *O carácter automatizado ou intencional da remissão*; c) *A área do sítio de destino para onde a remissão é efectuada* ».

Traduction libre : [a] la confusion éventuelle entre le contenu du site source et celui du site cible ; b) le caractère automatisé ou intentionnel du référencement ; c) le cadre du site cible vers lequel le référencement est fait].

<sup>24</sup> Avant même la transposition de la directive (EU) 2019/790, ce qu'a déjà fait l'Espagne, la Ley de Propiedad Intelectual, prévoyait une discipline pour les « actos de hiperenlaces » et les permet quand ils

sont assortis d'un but d'informer et ainsi dispensant l'autorisation préalable et la rémunération d'auteur.

<sup>25</sup> TRIPS - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

<sup>26</sup> La CUP énonce comme l'un de ses objectifs « la répression à la concurrence déloyale » tels que les actes « contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale » (art. 10bis).

<sup>27</sup> Voir M. Vivant (dir.), *Le Lamy droit du numérique*, 2014, n. 2.431, p. 1.548 : « Dans cet univers des réseaux et de l'internet, comme dans l'univers dit réel, il est, en effet, une obligation de comportement loyal qui se décline de diverses manières ».



Le même Code civil brésilien dispose en son article 187<sup>28</sup> - influencé par la doctrine de Josserand en France - que l'abus de droit constitue un acte illicite. Donc, pour savoir quand la liberté de lier est exercée de manière abusive, il faut, conformément à la théorie de Josserand, rechercher les finalités de ce référencement.

Quand on pense à des liens de cheminement, la possibilité d'imposer des limites à une telle pratique n'a pas pour effet de supprimer ou de censurer l'information pointée ; elle est bien là sur le site qui l'a diffusée avec le consentement des ayants droit. Il ne s'agit pas de troubler l'activité de référencement qui est indubitablement essentielle ; au contraire, les fournisseurs de contenu et les internautes pourront continuer à poser des liens, à condition toutefois de ne pas détourner et transformer la forme de sa présentation initialement conçue.

Dans cette démarche, les liens de cheminement seraient libres. En revanche, les liens d'incorporation seraient interdits, sauf en cas d'autorisation préalable des ayants droit. Ainsi, l'idée est d'admettre la liberté de référencement : i) vers des contenus licites, c'est-à-dire qui ont été insérés dans un site web pointé avec l'autorisation de l'auteur ; ii) à condition que les liens jouent un rôle neutre par rapport aux contenus pointés et iii) qu'ils utilisent des techniques strictement nécessaires ayant pour but d'informer et d'en faciliter l'accès.

En revanche, en cas d'absence de limites bien définies à propos de la pratique de référencement, en consacrant le sentiment commun que tout le monde peut poser des liens à n'importe quel contenu au moyen d'un quelconque procédé, l'effet pervers de ce vide juridique conduira les ayants droit à faire verrouiller les sites où se trouvent leurs œuvres. Ainsi, l'accès, la diffusion et la

propagation de l'information seront réduits, faisant des internautes les grands perdants.

## Partie 2 – Pas de liberté sans responsabilité

Il semble que le mécanisme souhaitable de protection soit d'encadrer les liens hypertextes, spécialement les liens d'incorporations révélant les techniques qui entendent faire une nouvelle présentation du contenu pointé, de façon propre et autonome, dans des conditions très différentes de celles prévues par le site cible.

Cependant, pour les pays où il n'existe pas de loi encadrant les hypertextes, les ayants droits peuvent s'appuyer tant sur le « droit dur » et les mesures techniques de protection spécifiques à la propriété intellectuelle (I), ainsi que sur d'autres moyens de protection issus du droit civil, soit par la concurrence déloyale et la théorie des agissements parasitaires, soit par l'enrichissement sans cause (II).

### I. Les mécanismes de protection existants au Brésil

Comme on l'a déjà vu, le droit brésilien a été influencé par le droit des pays d'Europe continentale. On retrouve dans le droit civil brésilien des influences du droit français, allemand, portugais, et le droit de la propriété intellectuelle, principalement le droit d'auteur, révèle des concepts très similaires à la France, que nous référençons en gras, dispensant ainsi la présentation de sa définition juridique.

À notre avis, les liens hypertextes d'incorporation peuvent configurer un acte de communication au public, au sens de la directive n° 2001/29, ainsi que de la loi sur le droit d'auteur brésilien, susceptible de

---

<sup>28</sup> Brésil, Code civil, art. 187 : « *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes* » [Traduction libre : Commet également un acte illicite

le titulaire d'un droit qui, dans son exercice, excède manifestement les limites imposées par sa finalité économique ou sociale, la bonne foi ou les bonnes mœurs].

mettre en œuvre le monopole des auteurs ou des ayants droit.

Les droits d'auteur. Pour les liens qui dépassent la fonction première d'informer et qui ont pour conséquence une nouvelle présentation du contenu pointé dans des conditions différentes de celles conçues au départ par son auteur, ce dernier peut invoquer le respect de son droit de divulgation, en signalant que celui-ci ne s'épuise pas par la première communication de l'œuvre en ligne au point de permettre à n'importe qui de se l'approprier. Il peut également – et peut-être avec plus de chance de succès que celui fondé sur le droit de divulgation – invoquer le droit au respect de l'œuvre, du fait de la déformation du mode d'affichage et de la présentation du contenu pointé. Si, d'autre part, les liens hypertextes effacent par exemple le nom de l'auteur ou de l'artiste interprète, chacun d'eux peut invoquer le droit de paternité.

Le droit *sui generis*. Les bases de données présentent une particularité ; les liens hypertextes vers ces bases pointent le contenu qui les intègre. Ici, c'est le droit *sui generis* de base de données qui pourra être invoqué contre l'extraction illicite dans le cas d'un méta-moteur de recherche.

Toutes ces possibilités fondées sur le « droit dur » peuvent également être assorties d'une demande aux juges en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin d'imposer aux fournisseurs de contenu l'obligation de supprimer des liens d'incorporation, soit fondé sur le droit de l'auteur ou civil, soit sur la loi civile de l'Internet n. 12.945 du 23 avril de 2014 (le Marco Civil da Internet).

D'autre part, si le droit dur n'est pas capable de résoudre tous les conflits relatifs aux hyperliens, le droit souple pourrait se révéler intéressant, mais dépendant de la volonté de s'engager des personnes. Ce sont les chartes de bonne pratique de référencement sur Internet, les codes de conduites sur le web<sup>29</sup> et les conditions d'utilisation de site disciplinant la pose des liens<sup>30</sup>, etc.

Mesures techniques de protection. Dans les affaires *Svensson* et *Bestwater*, on s'aperçoit que le premier effet qui ressort de la position de la Cour de justice est celui qui impose aux auteurs, souhaitant écarter l'établissement libre et inconséquent de liens vers leurs créations, l'obligation d'en limiter l'accès aux seuls abonnés ou de faire verrouiller ces créations.

À défaut d'un statut juridique sur les liens hypertextes d'incorporation, les mesures techniques, prévues dans la Convention de Berne, et dans l'article 107 de la loi brésilienne sur le droit d'auteur<sup>31</sup>, sont toujours un mécanisme de protection contre les abus. Cependant, on peut faire appel à des considérations d'ordre juridique, technique et socio-économique pour refuser cette possibilité comme seul moyen de protection.

Premièrement, les propositions qui consistent à verrouiller les créations intellectuelles ou à caractère technique ne peuvent pas être envisagées comme obligatoires ; dans le cas contraire, cela signifierait d'imposer aux titulaires de droits des formalités pour accéder à la protection de leurs créations, ce que les Conventions de Berne et de Rome, les Traités de l'OMPI de 1996 et les lois sur le droit d'auteur n'admettent pas.

---

<sup>29</sup> A. Bensamoun et C. Zolynski, « La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des prestataires techniques », *RLDI* 2011/75, p. 59.

<sup>30</sup> Dans une affaire jugée par la CJUE le 25 janv. 2015 opposant la compagnie aérienne *Ryanair* au site comparateur de prix de vols, la Cour de justice a décidé qu'une base de données n'étant protégée ni par le droit d'auteur, ni par le droit *sui generis* pouvait se prévaloir des conditions d'utilisation de

son site afin d'éviter l'extraction de données par des tiers agissant commercialement. CJUE, 15 janv. 2015, n° C-30/14, aff. *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, *RLDI* 2015/112, n. 3657.

<sup>31</sup> Loi brésilienne sur le droit d'auteur n° 9.610 de 1998.

Deuxièmement, le développement de la technologie résulte souvent de nouveaux moyens techniques pour contourner toutes les contraintes d'accès aux œuvres et aux objets protégés ; chaque nouvelle contrainte plus performante se confronte aux nouveaux moyens de la contourner en un véritable cercle vicieux.

Finalement, si l'on admet qu'il ne reste que le recours à des mesures techniques de protection, la plupart d'entre eux vont faire verrouiller l'accès à leurs créations ; l'effet pervers en sera la limitation de la communication, de la diffusion et de la circulation des informations sur Internet, ce qui ne convient à personne.

En l'absence de protection efficace de contenus pointés par des liens d'incorporation, il y aurait d'autres mécanismes de protection des créations fondés sur le droit civil, soit par le règlement de la concurrence déloyale et l'agissement parasitaire, soit par l'enrichissement sans cause.

## II. Le recours à la concurrence déloyale et aux agissements parasitaires

Au Brésil, la jurisprudence révèle une tendance à régler les conflits de violations de créations intellectuelles sur Internet à l'aune de la concurrence déloyale et de l'agissement parasitaire plutôt que de les analyser sous le prisme de droits moraux ou patrimoniaux de la propriété littéraire et artistique, ou même du droit des marques.

Bien que le régime de la concurrence déloyale soit un chapitre de la loi brésilienne de la propriété industrielle, tant ce régime que celui relatif aux agissements parasitaires par rapport aux hyperliens sont le fruit de la construction jurisprudentielle fondée sur les articles 186 et 187 du Code civil brésilien. Il faut donc apporter la preuve d'une faute.

Concurrence déloyale. Le régime juridique de la concurrence déloyale s'applique lorsqu'un fait contraire aux usages loyaux et honnêtes dans le commerce trouble une relation de concurrence, ce qui la distingue de l'agissement parasitaire où ce rapport de concurrence n'existe pas.

Contrairement aux directives (EU) 2000/29 et 2019/790 et à l'initiative du Digital Services et Digital Market Act en Europe (ce dernier sur l'encadrement de plateformes numériques) qui ne prévoient pas d'hypothèses de concurrence déloyale, le législateur brésilien établit, à l'article 195 de la loi sur la propriété industrielle, certaines hypothèses d'actes de concurrence déloyale constituant un délit.

Cependant, la jurisprudence brésilienne s'appuie dans cet article pour adopter une approche synthétique et ouverte des actes pouvant configurer de la concurrence déloyale et engager la responsabilité civile, tels que l'action de fausser le jeu commercial, le détournement de clientèle, l'appropriation de valeur créée par autrui avec un risque de confusion dans l'esprit du public, entre autres, mais tout cela d'une manière peu adaptée à l'ère numérique.

Ainsi, en transposant ces concepts à la matière de référencement, on pourrait dire que les liens d'incorporation, puisqu'ils pointent vers des créations d'autrui en se les appropriant et en dissimulant leur origine auprès des internautes, révèlent en principe un risque de confusion auprès des internautes. Il en va de même pour les *backlinks* « consistant, pour un commerçant, à fausser le référencement naturel en ayant recours aux services d'un prestataire (*link owner*) afin de créer artificiellement une multitude de liens pointant vers son site », ce qui crée une confusion dans l'esprit du public et des consommateurs, afin de les capturer<sup>32</sup>. Il existe cependant d'autres actes parasitaires beaucoup plus subtils que ceux-là, qui sont déployés de manière soit isolée et déterminée dans le temps, soit circonscrite à un élément

---

<sup>32</sup> C. Zolynski, « Concurrence déloyale et internet », *AJ Contrats d'affaires*, D. 2014, p. 162.

attractif d'autrui, mais qui n'est pas en rapport de concurrence avec l'agent *parasite*.

L'agissement parasitaire. En 1956, Yves Saint-Gal a décrit l'agissement parasitaire comme constitutif d'un « fait de se référer, sans s'adresser à la même clientèle, [...] à toute autre forme de propriété industrielle ou intellectuelle créée par un tiers et particulièrement connue et ce à l'effet de tirer profit de sa renommée »<sup>33</sup>, sans aucune exigence d'un risque de confusion auprès du public.

Pour Philippe Le Tourneau, l'agissement parasitaire se définit comme tout acte « contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les différents intervenants, même non-concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque un trouble commercial »<sup>34</sup>. Il est « en soi un préjudice certain » qui peut être sanctionné en l'absence d'action spécifique.

Au Brésil, cette théorie a été prononcée pour la première fois en 1993 dans un rapport préparé par le président de l'époque de l'Institut national de la propriété industrielle - INPI, le Dr. José Roberto Gusmão, sur le dépôt de marques renommées par des tiers, même si dans des classes différentes et sans rapport de concurrence<sup>35</sup>.

Cependant, l'action en cessation ou réparation d'agissement parasitaire est subsidiaire et doit comprendre un fait intervenu dans une activité commerciale, afin de protéger les valeurs économiques importantes.

Il s'agit donc de réprimer un manquement au devoir de loyauté commerciale qui implique un préjudice pour la victime de l'acte parasitaire, soit un préjudice concret et réel, soit un manque à gagner.

Il faut évidemment rappeler que les deux mécanismes alternatifs de protection n'ont pour rôle ni de conférer une protection aux concepts et aux idées qui, comme on le sait, sont de libre parcours, ni de reconstituer un monopole sur les œuvres et les créations tombées dans le domaine public. Pour les faits qui n'interviennent pas dans une activité commerciale, il est possible de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause afin d'aboutir à une protection des ayants droit.

L'enrichissement sans cause. Il existe en droit brésilien, ainsi qu'en droit français, un principe qui préconise que « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » et qui se trouve bien traité dans les articles 884, 885 et 886 du Code civil<sup>36</sup>.

L'analyse de la pratique montre qu'il n'est pas rare qu'une personne s'enrichisse aux dépens d'autrui alors qu'il y a appauvrissement de l'autre. Or, quand cet événement découle d'un contrat valide (bien que déséquilibré), d'une règle de droit (telle que la prescription extinctive du droit d'exiger une dette) ou d'une décision judiciaire, la cause est légitime, justifiée.

Il se trouve qu'un même fait peut révéler l'enrichissement d'une personne et l'appauvrissement de l'autre sans raison juridique les justifiant.

---

<sup>33</sup> Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires », *RIPIA* 1956 n. 25/26, p. 37.

<sup>34</sup> Ph. Le Tourneau, *Le Parasitisme*, Litec, 1998, n. 8.

<sup>35</sup> *Revista de la Propiedad Industrial*, No. 2, 1994, Rapport du Dr. José Roberto d'Afonseca Gusmão, pages 55 à 60, accessible au lien suivant : <https://www.gub.uy/ministerio-industria-energia-mineria/sites/ministerio-industria-energia-mineria/files/documentos/publicaciones/Revista%20DNPI%20N%C2%B02.pdf>

<sup>36</sup> Brésil, Code civil, art. 884 : « Article 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários » [Traduction libre : Quiconque, sans juste motif, s'enrichit aux dépens d'autrui, sera tenu de restituer la somme indûment gagnée, après mise à jour des valeurs monétaires]

Selon la doctrine d'Aubry et Rau<sup>37</sup>, trois conditions économiques sont imposées : l'enrichissement, l'appauvrissement et un lien de causalité entre les deux, de manière à ce que le mouvement de valeur de patrimoine à patrimoine soit dénué de cause.

En ce qui concerne les liens hypertextes profonds, assortis ou non de la technique de *transclusion* (le *framing* et l'*inline linking*), le transfert de valeur d'un patrimoine à l'autre peut être déclenché par la relation de causalité entre l'enrichissement de ceux qui posent ces liens vers lesdites créations et l'appauvrissement des créateurs respectifs qui n'en bénéficient pas.

Cette hypothèse existe dans deux situations.

Premièrement, les fournisseurs souhaitant utiliser les créations d'autrui sans paiement dû aux auteurs choisissent de créer une base de liens vers des fichiers téléchargeables ou de poser des liens d'incorporation s'appropriant ces contenus. Les premiers s'enrichissent grâce à une dépense évitée, alors que les auteurs s'appauvrissent du fait d'un manque à gagner.

Deuxièmement, les fournisseurs posent des liens vers les créations se trouvant sur un autre site ; autant le site source que le site cible tirent profit de la publicité sur leurs pages d'accueil. Les fournisseurs s'enrichissent grâce aux flux sur leur page des internautes intéressés par les créations pointées, tandis que les auteurs s'appauvrissent à cause du contournement de leur page d'accueil.

Dans le premier cas, la cause du transfert de la valeur des créations intellectuelles ou à caractère technique n'est pas légitime parce que les poseurs des liens excèdent les limites de la liberté de lier et agissent avec l'intention abusive de s'approprier les contenus. Dans le dernier cas, concernant les liens hypertextes profonds, sans la technique de *transclusion*, la

cause de l'enrichissement ou de l'appauvrissement se justifie par la liberté de lier, bien qu'elle semble injuste ; une telle situation ne peut être tranchée spécifiquement par la théorie de l'enrichissement sans cause.

Il faut évidemment rappeler que tant ces moyens de protection - la concurrence déloyale et l'agissement parasitaire, ainsi que l'enrichissement sans cause - constituent une autre voie de protection contre le partage inégal de la valeur des créations. Il ne s'agit donc pas de conférer une protection aux concepts et aux idées qui, comme on le sait, sont de libre parcours, ni de reconstituer un monopole sur les œuvres tombées dans le domaine public, mais de rétablir l'équilibre entre la liberté de lier et le droit fondamental de propriété intellectuelle rompu par des liens pervers.

## Conclusion

Les liens hypertextes sont devenus « l'essence même du web », à tel point que les fournisseurs de contenu et les internautes n'imaginent pas Internet sans ces raccourcis de navigation. Néanmoins, le référencement peut enfreindre quelques droits de la propriété intellectuelle et la sphère de droit et l'intérêt légitime d'autrui.

C'est un phénomène aggravé par deux grands motifs : d'une part, les offres gratuites de consommation d'œuvres sont de plus en plus nombreuses ; d'autre part, les internautes réclament plus de liberté, soit pour faire circuler et partager librement des œuvres, soit pour pointer eux-mêmes ces œuvres.

Cependant, la liberté de lier (ou de référencement) ne peut être envisagée comme pleine ; en effet, toute liberté est susceptible d'abus et il faut examiner les situations dans lesquelles le référencement

---

Brésil, Code civil, art. 885 : « A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. » [Traduction libre : La restitution est due, non seulement lorsqu'il n'y a pas eu de cause

justifiant l'enrichissement, mais aussi si celui-ci a cessé d'exister].

<sup>37</sup> Ch. Aubry et Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français*, Marchal & Billard, 5<sup>e</sup> éd., t. IX, 1917, p. 361

dépasse la fonction d'informer et a pour effet de s'appropriier le contenu.

Il est nécessaire de cerner un paramètre de conduite fondé sur la loyauté, l'honnêteté et, spécialement, sur l'absence de l'abus de droit capable de régir l'acte d'établissement de liens. Ainsi, ceux qui souhaitent informer, faciliter l'accès à l'information et se faire connaître à travers les liens n'ont pas besoin d'utiliser la technique de *transclusion*. Cependant, en affichant le contenu comme appartenant au site liant, il y a abus de droit, dont l'excès contrarie la fonction de lier et génère un déséquilibre de partage de valeur entre les poseurs de liens et les ayants droit.

De cette façon, si l'encadrement des liens hypertextes avec sa définition légale semble d'une part convenable, admettant la liberté de référencement ; i) vers des contenus licites ; ii) à condition que les liens jouent un rôle neutre par rapport aux cibles sans en occulter la source et iii) avec un but légitime sans préjudice aux droits d'autrui, il n'en demeure pas moins que cette liberté doit être tempérée par une approche synthétique des liens hypertextes qui dépassent la fonction d'informer et entendent s'approprier des œuvres, des signes/éléments distinctifs et des investissements d'autrui. En attendant de tels changements, on compte sur la jurisprudence pour poursuivre son évolution.

**P. F. M.**