

L'arrêt *GS Media* sur les hyperliens : trop embrasser, mal étreindre

L'arrêt du 8 septembre 2016 de la Cour de justice de l'Union européenne dans *GS Media*⁽¹⁾ remet en cause la jurisprudence *Svensson*⁽²⁾ et *BestWater*⁽³⁾ sur les hyperliens et le droit de communication au public.

Pour rappel, dans *Svensson*, la Cour de justice avait jugé qu'établir un hyperlien vers un contenu protégé par le droit d'auteur ne constitue en principe pas une communication au public⁽⁴⁾. Aucune autorisation préalable de l'ayant droit n'est donc requise avant de placer un hyperlien dans un article posté sur Internet, une opération qui se fait en quelques clics⁽⁵⁾. *GS Media* aboutit à la conclusion inverse. En tout cas, si le lien est établi par un site qui poursuit un but lucratif, par exemple un site d'un éditeur de presse qui s'efforce de « monétiser » les contenus mis en ligne par des encarts publicitaires sur ses pages. Le raisonnement de la Cour est critiquable, et la solution proposée, difficile à mettre en œuvre.

Faits. – Revenons sur les faits de l'affaire *GS Media*. Ils diffèrent des circonstances de l'affaire *Svensson*⁽⁶⁾ en ce que les œuvres protégées vers lesquelles pointent les hyperliens n'ont en l'espèce pas été mises en ligne avec l'autorisation des ayants droits.

Au centre de *GS Media*, des photos d'une jeune vedette TV (Mme Dekker) qui a posé nue pour le magazine *Playboy*, dont l'éditeur est Sanoma Media Nether-

(1) C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises et Britt Geertruida Dekker*, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644.

(2) C.J.U.E., 13 février 2014, *Nils Svensson et autres c. Retriever Sverige AB*, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (voir A. STROWEL, « Établir un hyperlien ne constitue pas une « communication au public » selon la Cour de justice de l'Union européenne. Retour sur l'affaire *Svensson* en attendant les arrêts *BestWater* et *C More Entertainment* », *Auteurs et Media*, 2014/5, pp. 228-232).

(3) C.J.U.E., 21 octobre 2014, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes et Stefan Potsch*, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 ; 26 mars 2015, *C More Entertainment AB c. Linus Sandberg*, C-279/13, ECLI:EU:C:2015:199.

(4) Au sens de l'article 3(1) de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information qui dispose que : « [I]es 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 ».

(5) Dans Wordpress par exemple, placer un hyperlien dans un article se fait en quelques secondes : on sélectionne le terme qui servira de pointeur, on clique sur l'icône hyperlien, et on copie l'adresse du site cible dans la fenêtre qui apparaît. Lorsqu'il est mis en ligne, l'article contient le pointeur (surligné) qui, une fois activé d'un clic, amène le navigateur de l'internaute sur la page cible.

(6) Dans *Svensson*, les quatre requérants devant les juridictions suédoises, dont Mr. Nils Svensson, sont journalistes. Ils ont consenti à la publication de plusieurs articles dans le journal *Göteborgs-Posten* et sur son site (www.gp.se). La partie défenderesse, la société Retriever Sweden AG (Retriever), offre un service de *monitoring* de la presse. L'abonné de Retriever qui paie pour ce service a accès à un outil de recherche sur le site de Retriever. Cet outil communique aux abonnés des listes de liens Internet cliquables qui pointent vers des articles publiés sur d'autres sites, dont celui du *Göteborgs-Posten*.

lands. Avant que les photos paraissent dans *Playboy*, une personne inconnue les met sur un site australien de stockage de données en ligne (Filefactory) sans autorisation du titulaire des droits d'auteur (Sanoma). GeenStijl. nl, un *blog* de nouvelles à sensation qui appartient au groupe GS Media, est averti de la présence de ces photos et publie rapidement un article sur l'affaire avec un hyperlien vers les photos invitant clairement les internautes à aller les consulter (la page contient l'invitation : « Et maintenant le lien avec les photos que vous attendiez »⁽⁷⁾).

GS Media reçoit une mise en demeure de Sanoma qui a entre-temps obtenu de Filefactory le retrait des photos. Après cette mise en demeure, le site GeenStijl publie un nouvel article sur l'affaire, incitant par un nouvel hyperlien les visiteurs à aller visionner les photos entre-temps postées sur le site Imageshack (toujours sans autorisation des ayants droit). Un troisième article paraît quelques jours plus tard avec de nouveaux liens vers les photos litigieuses.

La vedette de télévision et Sanoma qui représente le photographe assignent GS Media. Le Hoge Raad des Pays-Bas pose diverses questions à la Cour de justice sur le point de savoir s'il y a en l'espèce une communication au public au travers des hyperliens.

Motivation de l'arrêt. – Après avoir rappelé les critères complémentaires et interdépendants de son abondante jurisprudence sur la communication au public (§§ 34 à 41), la Cour estime que le placement de liens hypertexte vers des œuvres protégées mises en ligne sans l'autorisation du titulaire de droit peut constituer une communication au public si celui qui a placé l'hyperlien savait ou devait savoir que les liens donnent accès à une œuvre illicitement publiée sur Internet (§ 49). Lorsque « le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif », on peut, selon la Cour, « présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de (...) (l') œuvre et de l'absence d'autorisation de publication sur Internet » (§ 51), et il y a donc une communication au public non autorisée. Celui qui a établi le lien dans le cadre d'une activité lucrative⁽⁸⁾ doit donc réaliser « les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel

(7) Sur le site référencé par l'hyperlien se trouve un autre lien qui, une fois cliqué, ouvre une fenêtre sur l'écran de l'internaute avec les mots « Download now ». En cliquant sur ces mots, on ouvre un dossier zip qui contient les photos litigieuses.

(8) La doctrine (G. LOKHORST, « GS Media in the National Court : Fresh Issues on the meaning of "for profit" », 17 janvier 2017, accessible sur <http://kluwercopyrightblog.com/2017/01/17/gs-media-national-courts-fresh-issues-meaning-profit/>) a déjà identifié au moins deux décisions qui auraient appliqué les enseignements de l'arrêt *GS Media* à propos de la condition de but lucratif. La jurisprudence risque de tatonner dans l'application de ce critère.

mènent lesdits liens hypertexte » (§ 51), ce qui fait peser une responsabilité non négligeable sur un site professionnel comportant d'innombrables liens vers des pages tierces⁽⁹⁾. Certes la présomption de connaissance en cas de placement dans un but lucratif peut être renversée.

Reprenant le raisonnement tenu dans *Svensson*, la Cour ajoute qu'il n'y a pas de communication au public à défaut d'avoir un public nouveau, si les œuvres ciblées par les liens ont déjà été rendues librement disponibles sur un autre site Internet avec le consentement du titulaire (§ 52).

Assurer un niveau de protection élevé ne requiert pas l'extension du droit d'auteur. – Si, intuitivement, il paraît juste et opportun de pouvoir tenir GS Media responsable pour ses agissements, et notamment pour avoir encouragé des internautes à commettre des actes illicites de reproduction (téléchargements), il n'est pas correct *de lege lata*, ni souhaitable *de lege ferenda* que sa responsabilité soit directe. L'erreur de raisonnement de la Cour de justice est de confondre les principes de la responsabilité directe (en cas d'acte tombant dans le champ d'exclusivité) et les critères de la responsabilité indirecte (lesquels permettent de tenir responsable un intervenant qui ne commet pas directement d'acte violant le droit). Les juges nationaux distinguent depuis longtemps la responsabilité directe pour atteinte au droit d'auteur (en cas de communication au public) et la responsabilité indirecte en cas d'actes incitant ou encourageant en connaissance de cause à commettre des violations de ce droit⁽¹⁰⁾. GS Media aurait pu être condamnée sur base de ces principes de la responsabilité indirecte applicables aux Pays-Bas ; la Cour de justice a estimé, à tort, que la conduite consistant à placer des liens devait être incluse dans le champ de la notion (harmonisée en droit européen) de communication au public. Elle semble justifier cette interprétation en invoquant la nécessité d'assurer un « niveau de protection élevé en faveur des auteurs » (§ 53). Mais un tel niveau peut être assuré autrement qu'en étirant les limites du droit.

Conclusions : quand protéger trop, c'est mal protéger. – La décision *GS Media* va renforcer l'insécurité juridique, notamment pour tous les opérateurs professionnels qui placent couramment des liens vers des contenus protégés. Il est disproportionné d'exiger d'opérateurs poursuivant une finalité économique qu'ils demandent, préalablement au placement d'un hyperlien, une autorisation au titulaire du droit d'auteur sur le contenu visé par l'hyperlien. Une telle exi-

(9) En ce sens : J. WIMMERS, M. BARUCK et A. RENDLE, « The CJEU's Communication to the Public : Better Check Before Placing a Hyperlink ? », *Cri*, 5/2016, pp. 129-133.

(10) Voir A. STROWEL, *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Edward Elgar, 2009. Voir aussi A. STROWEL et N. IDE, « Liability with Regard to Hyperlinking », 24 *Columbia Journal of Law and the Arts*, été 2001, p. 403.

gence peut avoir un « chilling effect » et être jugée comme une restriction non justifiée à la liberté d'expression (art. 10 C.E.D.H.) laquelle comprend la liberté d'établir des hyperliens.

Et il est tout à fait irréaliste et illusoire de penser qu'une telle autorisation sera systématiquement demandée avant de faire une communication au public par le truchement d'un lien. Si l'on juge qu'il y a communication au public par placement d'hyperlien, la généralisation de la pratique *contra legem* va confirmer le renversement du principe au cœur du droit d'auteur, à savoir celui de l'obligation d'obtenir une autorisation préalable avant de commettre un acte tombant dans la sphère d'exclusivité. En étendant le droit d'auteur à l'opération de base du *web* consistant à tisser des liens entre contenus, la décision de la Cour risque d'affaiblir et de marginaliser encore le droit d'auteur dans l'univers du *web*. Tel est le paradoxe de cette solution jurisprudentielle. Trop embrasser, c'est mal étreindre. Surprotéger à travers une extension du périmètre du droit d'auteur mène à l'érosion du noyau du droit⁽¹¹⁾.

La solution proposée par la Cour risque encore de fragiliser l'exercice du droit d'auteur dans d'autres contextes car elle conditionne la violation à la preuve d'une connaissance. De nombreux demandeurs vont en tirer argument dans des circonstances où l'acte matériel de contrefaçon est clairement établi.

ALAIN STROWEL
Professeur à l'UCLouvain et à l'Université
Saint-Louis, Bruxelles, avocat

(11) On pourrait aussi considérer que les revendications disproportionnées d'une rémunération pour copie privée en cas d'actes illicites de piratage a précipité l'affaiblissement des droits à rémunération conférés aux auteurs. Les suites de l'arrêt *Reprobel* de la Cour de justice (C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium s.p.r.l. contre Reprobel s.c.r.l.*, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750) semblent le montrer.