

GS Media - Le mieux est l'ennemi du lien ?

Maxime Lambrecht

Note sous C.J.U.E. (2^e ch.), 8 septembre 2016, C-160/15
Revue du droit des technologies de l'information, n°63-64/2016.

Dans cette nouvelle décision GS Media sur la qualification juridique des hyperliens au regard du droit d'auteur, la Cour de justice tente un grand écart pour éviter les conséquences néfastes de sa jurisprudence Svensson, sans toutefois la renier complètement. Non, un hyperlien vers une œuvre mise en ligne illicitement ne constitue pas automatiquement un acte de communication au public ; il faut pour cela que certaines conditions relatives à l'intention de l'auteur de l'hyperlien soient remplies.

Si l'on peut saluer le pragmatisme de la Cour, qui tente de limiter les dégâts qu'aurait pu causer sa jurisprudence pour l'environnement numérique, le résultat n'en reste pas moins baroque, peu cohérent avec les principes du droit d'auteur, et potentiellement problématique pour la sécurité juridique des acteurs du Web.

[Retour sur l'arrêt Svensson](#)

Revenons en arrière. Dans son arrêt Svensson, la Cour de justice répondait à la question suivante : le fait de fournir un hyperlien vers une œuvre protégée mise en accès libre sur un autre site avec le consentement du titulaire de droit d'auteur constitue-t-il d'un acte de communication au public, couvert par l'art. 3 de la directive 2001/29 (directive InfoSoc) ?

Il est intéressant de remarquer que les débats autour de la qualification des hyperliens mêlent systématiquement des considérations purement formalistes (visant à savoir si un hyperlien correspond à la définition du droit de communication au public), ainsi que des enjeux plus normatifs (touchant au bien-fondé d'une telle qualification, au regard des objectifs poursuivis par la directive InfoSoc et par le droit de l'UE en général).

Il faut dire que l'enjeu normatif de l'affaire Svensson n'était pas mince : en cas de réponse affirmative, la Cour risquerait de mettre en péril le bon fonctionnement d'Internet, en soumettant un de ces mécanismes fondamentaux, l'hyperlien, à la nécessité d'obtenir l'autorisation des titulaires de droit ; mais en cas de réponse négative, excluant le principe d'une qualification des hyperliens comme communication au public, la Cour retirerait aux ayants droit une possibilité de

poursuivre efficacement les sites répertoriant des liens vers des œuvres contrefaisantes¹.

La question a bien sûr fait l'objet d'un vif débat dans la doctrine. Pour l'ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), tous les liens « profonds » (pointant directement sur un contenu déterminé, plutôt que vers le nom de domaine sur lequel celui-ci peut être trouvé) devraient être considérés comme des actes de communication au public, indépendamment du caractère contrefaisant de l'œuvre rendue accessible par l'hyperlien².

Au contraire, l'European Copyright Society (ECS) soutient que les hyperliens ne devraient jamais être considérés comme des communications au public³. En plus des questions définitionnelles, l'ECS apporte également une dimension plus substantielle à sa critique, en enjoignant la Cour à tenir compte de l'impact de sa décision sur le développement de l'environnement numérique, et de la nécessité de maintenir un juste équilibre entre droits et intérêts des titulaires de droit et utilisateurs⁴ :

« The legal regulation of hyperlinking thus carries with it enormous capacity to interfere with the operation of the Internet, and therefore with access to information, freedom of expression, freedom to conduct business »; « If hyperlinking is regarded as communication to the public, all hyperlinks would need to be expressly licensed. In our view, that proposition is absurd. »⁵

En février 2014, la Cour rend son arrêt dans l'affaire Svensson⁶. Celui-ci ressemble un peu à un jugement de Salomon⁷, tranchant dans un entre-deux sans vraiment satisfaire ni les tenants ni les opposants de la qualification des hyperliens comme communication au public. En effet, si elle refuse en l'espèce de qualifier comme tels les hyperliens réalisés par le défendeur dans l'affaire au principal au

¹ Bien que ce n'était pas le cas en l'espèce dans l'affaire Svensson, les œuvres en question (les articles de la version en ligne du journal Göteborgs-Posten) étant disponibles en libre accès sur le site du journal.

² ALAI, « Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet », 16 septembre 2013, disponible sur : <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>

³ L. Bently et al., « Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson », European Copyright Society, 2014, disponible sur : <https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/>

⁴ Cf. Directive 2001/29, considérant 31 ; C. J. U.E., *Premier League*, affaires jointes C-403/08 and C-429/08, 4 octobre 2011 ; C.J.U.E., *Painer*, C-145/10, 1^{er} décembre 2011 ; C.J.U.E., *Deckmyn*, C-201/13, 3 septembre 2014.

⁵ L. Bently et al., « Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson », *op. cit.*

⁶ C.J.U.E., *Svensson*, C-466/12, 13 février 2014. En Belgique, on notera sur cette question la décision de la Cour de cassation dans l'affaire « Bord de l'eau » qui, sans mentionner explicitement la jurisprudence Svensson, semble en suivre les grandes lignes (Cass, *Bord de l'eau*, 24 juin 2015, R.G. n° P.15.0194.F)

⁷ Pour reprendre l'expression utilisée par V.-L. Bénabou dans une note de blog judicieusement intitulée « GS Mediaaaaaargh » : V.-L., Bénabou, « GS MEDIAaaaaargh ! », 15 octobre 2016, disponible sur : <https://vibenabou.blog/2016/10/15/gs-mediaaaaaargh/>

motif qu'il n'y aurait pas de « public nouveau »⁸, la Cour laisse toutefois ouverte la possibilité d'une qualification dans d'autres circonstances d'un hyperlien comme acte de communication au public, au sens de l'art. 3 de la directive InfoSoc⁹.

Ces conclusions découlent de la reprise par la Cour de son raisonnement assez formaliste¹⁰ en la matière¹¹, concentrant son analyse sur une décomposition de la notion de communication au public, en analysant d'abord si l'on a affaire à un « acte de communication » (§17-20), puis si celle-ci est faite « à un public » (§21-23), et enfin s'il s'agit d'un « public nouveau » (§25-31). Répondant par l'affirmative aux deux premiers éléments, la cour butte sur le troisième, notant que l'œuvre ayant déjà été communiquée initialement par « le même mode technique » (Internet) et étant librement accessible en ligne (sans restriction technique d'accès), l'ensemble des internautes étaient déjà visés par la communication initiale ; dès lors, un lien vers cette œuvre ne réalise pas une communication vers un public nouveau, et ne constitue donc pas un acte couvert par le droit d'auteur, conditionné à l'autorisation du titulaire de droit.

Par contre, dans le cas où des mesures techniques auraient été prises pour restreindre l'accès à l'œuvre, un lien permettant à d'autres utilisateurs de contourner ces mesures techniques constitue « une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées »¹², de sorte que ceux-ci constitueraient un public nouveau, et que l'hyperlien constituerait alors un acte de communication au public.

La solution de l'arrêt Svensson sera confirmée quelques mois plus tard par une ordonnance dans l'affaire BestWater¹³, qui étendra le raisonnement aux cas de « transclusion » ou « framing » (l'inclusion par référence d'un document dans un autre document, de manière transparente pour l'utilisateur).

Cette jurisprudence Svensson sera très largement critiquée par la doctrine. Le critère du « public nouveau » mobilisé dans l'arrêt est au cœur de la controverse. Pour certains, ce critère de nouveau public génère énormément d'incertitudes¹⁴, est superflu, et résulterait d'une erreur d'interprétation par la Cour de la

⁸ La Cour mobilisait donc à nouveau le critère de « public nouveau » déjà introduit dans les arrêts SGAE et Premier League, en lui donnant cette fois le rôle central pour tracer la frontière entre les hyperliens constituant un acte de communication au public (C.J.U.E., SGAE, C-306/05, 7 décembre 2006, §40-42 ; C. J.U.E., Premier League, op. cit., §197-198)

⁹ C.J.U.E., Svensson, C-466/12, 13 février 2014, §31

¹⁰ La cour ne fait d'ailleurs pratiquement pas référence aux objectifs poursuivis par la directive, mis à part dans sa réponse à la quatrième question préjudicielle, où elle note que « l'objectif poursuivi par la directive 2001/29 serait inévitablement compromis » si un Etat-membre pouvait étendre les contours du droit de communication au public au-delà de ce qui est prévu à l'art. 3 de la directive (C.J.U.E., Svensson, C-466/12, 13 février 2014, §35).

¹¹ Cf. notamment C.J.U.E., SGAE, C-306/05, 7 décembre 2006 ; C.J.U.E., OSA, C-351/12, 27 février 2014 ; C.J.U.E., Reha Training, C-117/15, 31 mai 2016.

¹² C.J.U.E., Svensson, C-466/12, 13 février 2014, §31.

¹³ C.J.U.E., BestWater, C-348/13, 21 octobre 2014.

¹⁴ ALAI, "Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public", 17 septembre 2014, disponible sur <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>

convention de Berne¹⁵. D'autres s'inquiètent des nombreuses questions laissées ouvertes par le raisonnement de la Cour, qui sont autant de périls pour la sécurité juridique des internautes et la licéité des hyperliens, qui forment le tissu du réseau Internet¹⁶.

Circonstances de l'affaire GS Media

C'est dire si la décision dans l'affaire GS Media était attendue. En effet, les circonstances de l'affaire étaient à tout le moins l'occasion pour la Cour de clarifier son fameux critère du « public nouveau » à des liens pointant vers des œuvres protégées mises en ligne de manière illicite : plusieurs articles publiés sur le site GeenStijl (édité par GS Media) diffusaient des liens vers des photos de charmes parues dans le magazine Playboy, mises en ligne (sans l'autorisation de l'ayant droit) sur plusieurs sites de stockage de fichiers. Sanoma, l'éditeur du magazine Playboy, introduit une action en violation de ses droits d'auteur contre Geenstijl pour avoir publié, sans son autorisation, ces liens vers les photographies contrefaisantes. L'affaire va jusque devant la Hoge Raad der Nederlanden, qui décide de poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE, dont la principale est libellée comme suit :

« Le fait, pour une personne autre que le titulaire du droit d'auteur, de renvoyer, en plaçant un hyperlien sur un site Internet qu'elle exploite, vers un autre site Internet exploité par un tiers accessible à l'ensemble des internautes, sur lequel l'œuvre est mise à la disposition du public sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, est-il une 'communication au public' au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ? »

L'opinion de l'Avocat général Wathelet

Contrairement aux décisions dans les affaires Svensson et BestWater qui avaient été rendues sans recours à l'opinion d'un avocat général (ce qui était surprenant au vu de la complexité et la nouveauté de la problématique), la Cour chargea l'avocat général Wathelet de rendre une opinion dans l'affaire GS Media. Celle-ci, rendue le 7 avril 2016, fit l'effet d'un coup de tonnerre : l'avocat général y suivait des conclusions allant à rebours de la jurisprudence Svensson, en rejetant dans la plupart des cas la qualification des hyperliens comme communication au public¹⁷.

Ici encore, la discussion de l'avocat général se place à la fois sur le terrain du formalisme juridique et sur le terrain normatif. Tout d'abord, il note que si les

¹⁵ P. B. Hugenholtz, S. C. van Velze, « Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a "New Public" », IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 47 n°7, 2016, p. 808-811 ; M. J. Ficsor, « Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous "new public" theory », 5 mai 2014, disponible sur : http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63

¹⁶ S. Dusollier, « Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication », RDTI, 54/2014

¹⁷ En effet, l'avocat général n'exclut pas la qualification des hyperliens comme communication au public dans le cas, prévu par Svensson, où ceux-ci permettent de « contourner des mesures de restriction » : cf. C.J.U.E., GS Media, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §73.

hyperliens offrent « un accès plus rapide et direct » aux œuvres, elles « ne les "mettent pas à la disposition" d'un public lorsqu'elles sont déjà librement accessibles sur un autre site mais ne servent qu'à faciliter leur découverte. Comme l'indique la République portugaise dans ses observations, l'acte qui réalise la véritable « mise à disposition » a été le fait de la personne qui a effectué la communication initiale »¹⁸.

En outre, il note le rôle central dans la jurisprudence de la Cour d'un critère dans la qualification de communication au public : le fait qu'une intervention soit indispensable ou incontournable pour bénéficier ou jouir des œuvres¹⁹. Or, appliqué à l'examen de l'existence d'un acte de communication, ce critère plaide contre une telle qualification des hyperliens pointant vers une œuvre librement accessible sur un autre site, puisque « l'intervention de l'exploitant du site qui place l'hyperlien, en l'espèce GS Media, n'est pas indispensable pour la mise à disposition des photographies en question aux internautes, y compris ceux qui visitent le site *GeenStijl* »²⁰.

Mais c'est dans l'évocation des conséquences d'une qualification large des hyperliens comme actes de communication au public que l'opinion de l'avocat général est la plus cinglante, considérant que la qualification des hyperliens en l'espèce comme communication au public « entraverait considérablement le fonctionnement d'Internet et porterait atteinte à l'un des objectifs principaux de la directive 2001/29, à savoir le développement de la société de l'information en Europe », et « risquerait de fausser l'établissement d'un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés »²¹.

L'avocat général justifie son raisonnement en rappelant que le mécanisme de l'hyperliens est « nécessaire pour l'architecture actuelle d'Internet », et que « Si les internautes sont exposés aux risques de recours pour violation des droits d'auteur [...] chaque fois qu'ils placent un hyperlien vers des œuvres librement accessibles sur un autre site Internet, ils seraient beaucoup plus réticents à les y placer, et ce au détriment du bon fonctionnement et de l'architecture même d'Internet ainsi que du développement de la société de l'information ».²²

Selon lui, étendre le droit de communication au public à une telle hypothèse « nécessiterait l'intervention du législateur européen »²³. Était-ce la fin de la confusion de la jurisprudence *Svensson* ?

Décision de la Cour dans GS Media

Deux options simples se présentaient à la Cour dans GS Media. Ou bien elle se laissait convaincre par les arguments de son avocat général, et opérait un

¹⁸ C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §54-59

¹⁹ C. J. U.E., *Premier League*, affaires jointes C-403/08 and C-429/08, 4 octobre 2011, §195-196 ; SGAE

(C-306/05, EU:C:2006:764, point 42) et *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, points 27 et 31)

²⁰ C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §60

²¹ C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §77

²² C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §78

²³ C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §78

revirement de la jurisprudence Svensson, en considérant que les hyperliens ne sont en principe pas des actes de communication au public ; ou bien elle prolongeait son raisonnement dans Svensson, et considérerait que tout lien pointant vers une œuvre de source illicite, ou de source licite en accès restreint, constituait systématiquement une communication au public.

Toutefois, la Cour n'a manifestement pas opté pour la simplicité. Résistant à la suggestion de son avocat général (ce qui est suffisamment rare pour être remarqué) d'opérer un revirement de jurisprudence, mais ne souhaitant pas non plus aller jusqu'au bout des conséquences de celles-ci, apparemment convaincue par certains arguments des opposants à l'assimilation des hyperliens à une communication au public, la Cour privilégie une solution de compromis. En effet, si elle prolonge formellement la jurisprudence Svensson, elle en limite immédiatement les implications en la soumettant à une série de critères additionnels pour le moins complexes.

La cour reprend donc son raisonnement dans Svensson, conditionnant la qualification d'acte de communication au public au critère de l'existence d'un public nouveau. La Cour rappelle que ce critère n'est pas satisfait dans le cas où l'œuvre est librement disponible sur le site cible de l'hyperlien, et que les titulaires de droit ont autorisé cette communication, et ont donc « pris en compte l'ensemble des internautes comme public »²⁴.

Qu'en est-il dès lors quand les titulaires de droit n'ont *pas* autorisé cette communication, comme dans l'affaire *GS Media* ? La Cour semble clairement distinguer ce cas de celui de Svensson et *BestWater*, faisant de l'autorisation des titulaires de droit la pierre angulaire de cette distinction (§43). On s'attend donc à ce que la Cour généralise la qualification des hyperliens comme communication au public dans ces circonstances.

Toutefois, la Cour semble éprouver quelques scrupules. Elle note les observations de certains gouvernements et de la Commission selon lesquels une qualification automatique des hyperliens comme communication au public « aurait des conséquences fortement restrictives pour la liberté d'expression et d'information » et ne respecterait pas le juste équilibre entre l'intérêt des titulaires de droit et les intérêts et droit fondamentaux des utilisateurs²⁵. La Cour fait ensuite écho aux arguments avancés par son avocat général pour rejeter la qualification de communication au public : l'« importance particulière » d'Internet pour la liberté d'expression, la contribution des hyperliens au fonctionnement du réseau, ainsi que la difficulté pour des particuliers de vérifier pour chaque lien qu'ils souhaitent réaliser s'il « donne accès à des œuvres qui sont protégées et, le cas échéant, si les titulaires des droits d'auteur de ces œuvres ont autorisé leur publication sur Internet » (§46).

Procédant ensuite à son « appréciation individualisée » de la notion de communication au public (§33), la Cour énumère une série de conditions dans lesquelles on peut considérer un hyperlien comme un acte de communication au

²⁴ C.J.U.E., *GS Media*, C-160/15, 8 septembre 2016, §42

²⁵ C.J.U.E., *GS Media*, C-160/15, 8 septembre 2016, §44. La nécessité de maintenir ce juste équilibre est également rappelée au §30

public. Il est possible que cette solution lui ait été inspirée par le Hoge Raad néerlandais, qui avait posé plusieurs questions secondaires portant sur la pertinence de tels ou tels critères pour répondre à la question de la qualification des hyperliens, comme le fait de savoir « si celui qui place l’hyperlien sait ou devrait savoir que le titulaire du droit d’auteur n’a pas autorisé le placement de l’œuvre sur le site Internet du tiers visé »²⁶, critère qui sera finalement retenu par la Cour.

Ce critère de la « connaissance raisonnable de l’illicéité de la source » est utilisé par la Cour comme critère central pour déterminer si un hyperlien peut être qualifié de communication au public. La Cour donne trois hypothèses dans laquelle ce critère peut être rempli :

1. Lorsque l’auteur de l’hyperlien a été averti par les titulaires de droit de la source illicite de la cible
2. Lorsque l’hyperlien permet de contourner des mesures de restriction limitant l’accès au seuls « abonnés » d’un site Internet
3. Lorsque le placement de l’hyperlien est effectué dans un but lucratif (présomption réfragable)

Notons que contrairement à ce qu’ont avancé certains commentateurs, aucun de ces cas de figure ne semblent constituer des conditions cumulatives²⁷ : il découle clairement du texte de l’arrêt qu’il s’agit simplement d’hypothèses (de surcroît non-exhaustives²⁸) dans lesquelles la Cour considère que l’on peut établir (ou présumer) une connaissance raisonnable de l’illicéité de la source dans le chef de l’auteur de l’hyperlien.

Analysons ces trois hypothèses une par une.

1. Notification par les titulaires de droit (§49)

Première hypothèse dans laquelle la connaissance raisonnable de l’illicéité de la source de l’œuvre liée peut être établie, celle où l’auteur de l’hyperlien (ou le responsable du site) « en a été averti par les titulaires du droit d’auteur ».

La Cour semble introduire en pratique une forme de mécanisme de « notice-and-takedown » pour les hyperliens, comparable à celui du régime de responsabilité limitée des intermédiaires prévu par la directive 2000/31 (directive e-commerce)²⁹. Mais cette fois-ci, la charge de réagir aux notifications des ayants droit pèse sur les éditeurs ou auteurs des site web, et pas sur les intermédiaires. Il

²⁶ Cf. C.J.U.E., *GS Media*, C-160/15, 8 septembre 2016, §24

²⁷ Cf. E. Rosati, « Hyperlinks and communication to the public: early thoughts on the GS Media decision », *IPKat*, 8 septembre 2016, disponible sur : <http://ipkitten.blogspot.be/2016/09/hyperlinks-and-communication-to-public.html> ; B. Hanuz évoque également cette possibilité : B. Hanuz, “Linking to unauthorized content after the CJEU GS Media decision”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, n° 11, n°12.

²⁸ Cf. C.J.U.E., *GS Media*, C-160/15, 8 septembre 2016, §49 : “En revanche, lorsqu’il est établi qu’une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu’elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, *par exemple* en raison du fait qu’elle en a été averti par les titulaires du droit d’auteur » (c’est nous qui soulignons).

²⁹ Comme d’autres l’ont fait remarquer : Cf. E. Rosati, « Hyperlinks and communication to the public: early thoughts on the GS Media decision », *op. cit.* ; G. Smith & W. Smith, “CJEU’s GS Media copyright linking decision draws a line: ordinary internet user or commercial website?”, 8 septembre 2016, disponible sur : <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/global/cjeu-decision-in-gs-media-copyright-linking-decision-draws-a-line>

semble donc que n'importe quel auteur de lien ou éditeur d'un site web, qu'il agisse dans un but lucratif ou non, soit dorénavant soumis à ce qui revient à une obligation de supprimer, sur notification du titulaire de droit, tout lien pointant vers une œuvre illicitement communiquée.

En effet, considérons le cas d'un éditeur de site web opérant dans un but non-lucratif qui réalise un lien vers une œuvre illicitement communiquée : avant qu'il n'en soit notifié par l'ayant-droit, il faut considérer qu'il n'y a pas communication au public parce que l'auteur du lien « ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur » (§47). Mais dès lors que l'auteur du lien a été averti que le lien donne accès à une œuvre illicitement publiée, il peut être « établi qu'une telle personne savait ou devait savoir » ce fait, et donc « il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une "communication au public" au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 » (§49), suivant l'étrange logique subjective adoptée par la Cour. Dès lors, ne pas supprimer le lien dans ces circonstances reviendrait à s'exposer à une action en violation des droits d'auteurs par le titulaire de droit.

Dans le cas d'un éditeur de site web opérant dans un but lucratif, la notification par le titulaire de droit n'est pas non plus sans effet, puisqu'elle rendra vraisemblablement inopérante toute tentative de sa part de renverser la présomption de connaissance du caractère illicite de l'œuvre vers lequel pointe le lien (cf. *infra*). Dès lors, dès la notification de l'ayant-droit, la connaissance du caractère illicite pourra être établie, et l'hyperlien constituera donc une communication au public (par hypothèse non autorisée), qu'il reviendra alors à l'éditeur du site de faire cesser.

2. Contournement de mesures de restrictions (§50)

Deuxième hypothèse où l'on considérera que l'auteur du lien savait ou devait savoir que l'œuvre liée a été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire de droit, lorsque « ce lien permet aux utilisateurs du site Internet sur lequel celui-ci 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 ». Cet élément, déjà évoqué dans *Svensson*³⁰, n'est pas sans poser de difficultés.

En effet, que faut-il entendre par « mesures de restriction » ? Suffit-il d'interdire l'accès à l'œuvre dans les conditions générales du site web ? Ou faut-il prendre des mesures techniques efficaces, au sens de la directive 2001/29, telles que l'application d'un code d'accès ou le cryptage ou le brouillage de l'œuvre ? Mais, dans ce dernier cas, un simple hyperlien ne suffirait pas, il faudrait en outre fournir un code d'accès, ou un moyen de décrypter l'œuvre, ce qui ouvrirait alors une action en vertu des dispositions juridiques interdisant le contournement desdites mesures techniques³¹. Et si à l'inverse les juges ont en tête une mesure de

³⁰ C.J.U.E., *Svensson*, C-466/12, 13 février 2014, §31.

³¹ Cf. l'art. 6 de la directive 2001/29.

restriction tellement rudimentaire³² que la simple fourniture d'un hyperlien suffit à la contourner (cacher l'adresse URL du contenu protégé et ne la communiquer qu'à ses seuls abonnés), on peut se demander si l'on ne se trouve pas face à un pur cas d'école. En outre, l'existence d'une mesure de restriction devrait apparaître sans ambiguïté : si la « mesure de restriction » se résume à une simple URL non-répertoriée sur le site principal, peut-on vraiment supposer que sa découverte (par exemple par le biais d'un moteur de recherche) implique une connaissance raisonnable par l'utilisateur du fait que l'œuvre se trouve en accès restreint ?

3. But lucratif (§51)

Troisième hypothèse, lorsque le placement de l'hyperlien est effectué dans un but lucratif, la Cour considère qu'on peut présumer la connaissance de l'illicéité de la source de l'œuvre liée, dans la mesure où « il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il effectue les vérifications nécessaires »³³. Comme le précise explicitement la Cour, cette présomption est toutefois réfragable.

Cette troisième hypothèse pose d'abord la question de l'interprétation du « but lucratif », un débat récurrent dans l'environnement numérique³⁴, qui devra manifestement être tranché par la jurisprudence. Dans d'autres juridictions, ce critère joue déjà un rôle important dans l'appréciation de certaines exceptions au droit d'auteur, comme aux Etats-Unis avec l'exception de *fair use*³⁵ ou au Canada dans l'exception pour les contenus générés par les utilisateurs³⁶.

Une autre difficulté posée par cette présomption de connaissance attribuée aux rédacteurs ou éditeurs de sites web opérant dans un but lucratif est qu'elle revient à leur imposer une obligation générale de contrôle (voire de veille) de la licéité *des cibles* des hyperliens. Respecter cette obligation peut s'avérer particulièrement onéreux, en particulier pour les petits acteurs, et pourrait affecter négativement la sécurité juridique nécessaire au développement de la société de l'information en Europe³⁷, en contradiction avec les objectifs de la directive

³² Il y a d'ailleurs lieu de se poser des questions quant à la familiarité des juges avec les méthodes les plus élémentaires de restriction d'accès sur un serveur Web. Cf. « Tutoriel du serveur HTTP Apache : fichiers .htaccess », <http://httpd.apache.org/docs/current/howto/htaccess.html>

³³ La Cour assimile sans doute les acteurs opérant dans un but lucratif à des acteurs professionnels, ce qui n'est pas totalement déraisonnable, même si les deux notions ne se recoupent pas tout à fait dans l'environnement numérique.

³⁴ Voyez par exemple les débats autour de l'utilisation de la notion d'« utilisation commerciale » dans le cadre des licences Creative Commons : Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial" (2009), p. 137.

³⁵ US Code, titre 17, section 107. Il faut toutefois reconnaître que ce critère de l'usage commercial est souvent critiqué pour son ambiguïté, notamment suite à une série de décisions contradictoires de la Cour suprême ; cf. W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", Harvard Law Review, vol. 101, 1988, p. 1673

³⁶ Cf. l'article 29.21 de la loi canadienne sur le droit d'auteur, prévoyant une exception pour les contenus non commerciaux générés par l'utilisateur.

³⁷ En ce sens, voyez M. Senftleben, « Copyright Reform, GS Media and Innovation Climate in the EU—Euphonious Chord or Dissonant Cacophony? », Tijdschrift voor auteurs-, media- en

InfoSoc³⁸. Ainsi, la Cour note elle-même qu'« [u]ne telle vérification s'avère d'autant plus difficile lorsque ces droits ont fait l'objet de sous-licences » et étant donné que « le contenu d'un site Internet, auquel un lien hypertexte permet d'accéder, peut être modifié après la création de ce lien, incluant des œuvres protégées, sans que la personne ayant créé ledit lien en soit forcément consciente » (§46). Ces considérations valent tant pour des particuliers que pour les acteurs commerciaux.

On pourrait dès lors se demander si la présomption de connaissance incombant aux rédacteurs et éditeurs commerciaux de sites web implique une obligation de surveiller continuellement la licéité des *cibles* des hyperliens même après la publication du lien. On pouvait déjà se demander si une telle obligation de « veille » découlait de l'arrêt Svensson³⁹, et l'arrêt GS Media ne dissipe nullement le doute à ce sujet. Au cas où la cible d'un hyperlien était modifiée *a posteriori* par l'éditeur du site tiers, l'éditeur du site sur lequel le lien a été publié sera-t-il toujours présumé connaître le caractère illicite de la cible d'un lien, ou bien cette modification ultérieure constituerait-elle une circonstance lui permettant de renverser la présomption ? Mais comment pourrait-il apporter la preuve d'une telle modification ultérieure, s'agissant d'un site contrôlé par un tiers ? On le voit, cette présomption de connaissance pourrait impliquer une obligation particulièrement lourde pour les éditeurs de sites commerciaux.

Enfin, on peut également se poser la question de savoir si les moteurs de recherche opérant dans un but lucratif sont eux aussi soumis à cette obligation. En effet, ceux-ci, ne sont pas concernés par le régime de responsabilité limité des intermédiaires prévu par la directive E-commerce, et pourraient donc être soumis à l'obligation découlant de l'arrêt GS Media de réaliser « les vérifications nécessaires » pour s'assurer que les hyperliens qu'ils référencent ne mènent pas vers des œuvres protégées illicitement mises en ligne. Si une telle obligation paraissait déjà prohibitive pour les éditeurs de site web, elle est totalement irréaliste dans le cas des moteurs de recherche, au regard du caractère automatique de l'indexation, et de la quantité de données indexées.

Une solution incohérente avec les principes du droit d'auteur

Si la solution dégagée dans GS Media est problématique pour la licéité des hyperliens, elle ne manque pas en outre de poser question pour la cohérence et l'effectivité du régime du droit d'auteur.

Ainsi, un premier élément critiquable du raisonnement de la Cour est l'introduction d'une dimension subjective dans l'appréciation de l'existence d'un acte de communication au public. Or, d'une part l'existence d'un acte de communication est en principe un fait objectif, qui devrait normalement découler

informatierecht, 2016, n°5, p. 132 ; . Hanuz, "Linking to unauthorized content after the CJEU GS Media decision", *op. cit.*, p. 881.

³⁸ Cf. Directive 2001/29, considérant 2.

³⁹ Cf. A. Strowel, "Etablir un hyperlien ne constitue pas une « communication au public » selon la Cour de justice de l'Union européenne", note sous C.J.U.E., *Svensson*, 13 février 2014, A&M, n°3-4/2014.

des circonstances matérielles de l'acte, mais en outre sur le plan civil, l'atteinte au droit d'auteur suit un régime de responsabilité « objective », ne tenant nullement compte d'éléments comme la bonne foi ou l'intention de l'auteur de l'acte pour évaluer l'existence d'une contrefaçon⁴⁰. Comme nous l'avons vu, un même hyperlien peut être initialement parfaitement licite, et constituer une communication au public sitôt que l'auteur du lien a été averti du caractère illicite de la cible de celui-ci. Voilà qui a de quoi dérouter.

Un autre élément pour le moins déroutant est le rôle assigné par la Cour au critère du but lucratif dans la détermination de l'existence d'une communication au public, quelques mois après l'arrêt en grande chambre dans l'affaire *Reha Training*, où la Cour avait justement souligné qu'un tel critère n'était « pas déterminant pour la qualification d'une telle diffusion de "communication au public" », mais seulement pour déterminer des facteurs comme le montant de la rémunération éventuellement due au titre d'une telle communication⁴¹.

En fin de compte, en développant ces nouveaux critères pour l'appréciation de l'existence d'une communication au public, c'est l'application du droit exclusif que la Cour complexifie. Soit, minimalement, en créant un régime distinct pour l'appréciation de la communication au public dans le cas des hyperliens et dans tous les autres cas. Soit, d'une manière plus sérieuse, si ces critères ont vocation à se généraliser aux autres pans du droit d'auteur, à complexifier l'application du droit de communication au public en général, et à générer de l'incohérence au cœur même des principes du droit d'auteur⁴².

Lorsque, en plus du bon fonctionnement de l'environnement numérique, on met en péril la cohérence du régime de droit d'auteur lui-même pour permettre aux titulaires de droit d'invoquer le droit de communication au public contre certains auteurs de liens pointant vers des œuvres illicitement communiquées, le prix à payer n'est-il pas trop lourd ?

Conclusion

On le voit, si la solution de compromis apportée par cet arrêt *GS Media* a le mérite de minimiser les dégâts qu'aurait pu causer l'arrêt *Svensson* pour le fonctionnement de l'environnement numérique, elle n'est pas sans générer à son tour un certain nombre d'interrogations et d'inquiétudes.

Le mieux est-il ici l'ennemi du bien ? L'équilibre qu'a voulu tracer la Cour à travers son critère de connaissance raisonnable de la licéité de l'œuvre liée part d'un effort louable de prise en compte des implications d'une extension de la

⁴⁰ Pour une caractérisation du droit d'auteur comme régime de responsabilité "objective", cf. Th. Léonard, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in P. Wéry (éd.), *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Liège, Anthemis, 2007.

⁴¹ C.J.U.E., *Reha Training*, C-117/15, 31 mai 2016, §49.

⁴² Ibidem.

logique de l'arrêt Svensson pour le bon fonctionnement de l'environnement numérique et les droits fondamentaux des utilisateurs. Si la Cour avait rendu tous les utilisateurs du réseau responsables de la licéité de la cible des hyperliens qu'ils réalisent, nul ne doute que l'effet dissuasif aurait été grand, comme le remarquait à juste titre l'avocat général⁴³. Toutefois, en créant une sorte de mécanisme de *notice-and-takedown* pesant sur tout créateur d'hyperliens, ainsi qu'une obligation générale de vérification de la licéité des œuvres liées pour les acteurs commerciaux, la Cour bouleverse sensiblement l'équilibre de la responsabilité pour la lutte contre la contrefaçon en ligne.

Bien sûr, on comprend la volonté de la Cour de ne pas laisser les titulaires de droit sans défense face à une stratégie de plus en plus courante en matière de piratage, qui voit des sites peu scrupuleux référer systématiquement à des œuvres illicitement mises en ligne sur des sites de stockage de fichier, en mettant à jour leurs hyperliens dès qu'un des contenus non autorisés est mis hors ligne.

Toutefois, il y a de bonnes raisons de douter que la meilleure voie à suivre pour réaliser cet objectif était vraiment de qualifier les hyperliens comme communication au public, dans certaines circonstances potentiellement ambiguës tenant à l'intention de l'auteur de l'hyperlien.

D'abord, parce que, comme l'ont fait remarquer l'avocat général et un certain nombre de parties au débat, les hyperliens facilitent l'accès, mais ne constituent nullement une mise à disposition du public d'œuvres qui sont déjà librement disponibles en ligne. Les hyperliens semblent davantage assimilables à une version évoluée de la référence bibliographique ou de la note de bas de page⁴⁴, et ne constituent pas le genre d'actes que le droit d'auteur a vocation à couvrir.

Si la Cour souhaitait vraiment ménager la capacité des titulaires de droit à lutter contre le piratage sans nuire au développement de l'environnement numérique, n'était-il pas préférable de suivre l'avis de son avocat général (au prix, certes, d'un important revirement de jurisprudence), tout en laissant la porte ouverte à la reconnaissance d'autres voies pour protéger les intérêts des titulaires de droit ? Ainsi, outre bien entendu les possibilités de faire ordonner aux intermédiaires de mettre fin aux atteintes à leur droit en supprimant l'œuvre communiquée illicitement⁴⁵, de nombreuses autres pistes ont été proposées dans la doctrine pour mettre en cause les gestionnaires de sites d'hyperliens vers des contenus « pirates », comme le recours au droit de la concurrence, aux dispositions anti-contournement, ou encore la responsabilité indirecte pour facilitation de l'accès non-autorisé à l'œuvre⁴⁶. La meilleure réponse aux problèmes d'application

⁴³ C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §78

⁴⁴ Cf. L. Bently et al., "Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", European Copyright Society, *op. cit.*, §4, citant Tim Berners-Lee "Axioms of Web Architecture. Links and Law: Myths", <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>

⁴⁵ C.J.U.E., *GS Media*, Opinion de l'Avocat Général, 7 avril 2016, §82-87.

⁴⁶ Pour des propositions en ce sens cf. par exemple P. B. Hugenholtz, S. C. van Velze, « Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a "New Public" », IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2016, vol. 47, n°7, p. 815; European Copyright Society, §7; A. Strowel, *Quand Google défie le droit*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2011, p. 110 à 134 ; A. Strowel, "Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des liens hypertextes", *Auteurs & Média*, n° 4/1998, p. 296-308.

du droit d'auteur n'est pas toujours à trouver dans une extension du contour des droits exclusifs.