

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les hyperliens en droit d'auteur européen

Dusollier, Séverine

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2014

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2014, 'Les hyperliens en droit d'auteur européen: quand tout devient communication : note d'observations sous C.J.U.E (4e ch.), 13 février 2014 ', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 54, pp. 43-57.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Note d'observations<sup>2</sup>

### Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication

Sans doute de nombreux spécialistes du droit d'auteur avaient marqué la date du 13 février 2014 d'une croix rouge dans leur agenda, voire avaient inséré dans leur smartphone une alarme leur rappelant d'aller hanter le site web de Curia. Sans doute, les services juridiques de Google tant en Europe qu'aux États-Unis se rongeaient les ongles d'anxiété.

La décision tant attendue de la Cour de justice dans l'affaire *Svensson* est en demi-teinte, mi-figue mi-raisin. Elle est de celles qui contentent tout le monde et ne satisfont personne. L'hyperlien y est en effet considéré comme un acte de communication au public, mais échappe au contrôle des auteurs en l'absence d'un nouveau public. Car tout se joue sur ce critère qui avait été avancé par la Cour dans sa construction progressive de la notion de droit de communication, mais dont la nécessité fluctuait au gré de distinctions vaguement techniques qui peinaient à convaincre. Que l'hyperlien butte sur cet obstacle est bienvenu mais peu satisfaisant sur le plan théorique car ce critère reste flou et d'autres barrières auraient pu empêcher également la qualification de l'hyperlien en acte de mise à disposition du public.

Mais reprenons depuis le début. Le droit de communication au public est harmonisé par la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Il y est défini comme « 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 ». S'y ajoute le considérant 27 qui précise que « La simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive ». C'est entre ces deux pôles que s'orientaient les tentatives de délimiter les actes constitutifs de communication au public en droit d'auteur et droits voisins.

Dès 2006 est prononcée une des premières décisions d'interprétation de la notion harmonisée<sup>3</sup>. Un hôtel est-il tenu de solliciter l'autorisation des ayants droit pour l'installation de télévisions dans les chambres louées ? Tous les critères ultérieurement utilisés se trouvent déjà dans cette première décision qui répond à la question posée par l'affirmative. Ce sont ces divers critères qui nous serviront de fil rouge dans l'analyse du droit de communication et de cet arrêt sur l'hyperlien. Ce fil traverse les arrêts successifs de la Cour, arrêts qu'il est utile de présenter en amorce de cette analyse transversale.

Plus de cinq ans après cette première décision<sup>4</sup>, la question de la communication d'œuvres par le biais d'une télévision installée dans un pub

<sup>2</sup> Séverine Dusollier. Professeur à l'Université de Namur, Directrice du CRIDS.

<sup>3</sup> C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE*, C-306/05. Deux décisions sont antérieures toutefois. Voy. C.J.C.E., 3 février 2000, *Egeda*, C-293/98 ; C.J.C.E., 14 juillet 2005, *Lagardere*, C-192/04.

<sup>4</sup> Dont les principes sont répétés par une ordonnance relative à un cas d'espèce similaire, soit à une diffusion de musique dans un hôtel, voy. C.J.U.E., 18 mars 2010, *OSDD c. Divani Akropolis*, C-136/09.



est posée à la Cour qui y répond assez logiquement par l'affirmative<sup>5</sup>. L'intégration de programmes de télévision dans un bouquet satellitaire suit de près dans l'arrêt *Airfield*, plus complexe sur le plan technique<sup>6</sup>. En 2012, deux décisions du même jour transposent l'analyse en droit voisin, l'une pour refuser la qualification de communication au public à la diffusion de musique dans le cabinet d'un dentiste<sup>7</sup>, l'autre pour l'appliquer en revanche à la diffusion de musique dans des chambres d'hôtel<sup>8</sup>. La communication dans l'environnement digital devra attendre 2013, et des questions préjudicielles sur le *streaming* de programmes télévisés sur internet<sup>9</sup>. L'arrêt commenté poursuit l'exploration de la communication sur les réseaux par la question de l'hyperlien.

Un peu perdu dans ces décisions, l'arrêt *Circul Globus* délimite le champ de l'harmonisation<sup>10</sup> en considérant que la directive de 2001 ne couvre que les actes de communication à un public qui n'est pas présent au lieu d'origine de la communication. Des actes d'exécution de l'œuvre ou de représentation directes de l'œuvre en présence d'un public (en l'occurrence l'interprétation de musique par des artistes de cirque) relèvent en conséquence du seul droit national sans qu'une interprétation de la notion contenue dans le texte communautaire ne soit nécessaire.

Il faut aussi signaler un arrêt étrange sur le programme d'ordinateur qui va requérir une condition supplémentaire au droit de commu-

nication<sup>11</sup>, soit une mise à disposition de la fonction de l'œuvre, s'agissant de la télédiffusion de l'interface graphique d'un logiciel<sup>12</sup>, sans compter le fameux *UsedSoft* qui en passant, assène un étonnant: «l'existence d'un transfert du droit de propriété transforme l'acte de communication au public (...) en un acte de distribution»<sup>13</sup>. Nous n'en parlerons pas.

## I. LES CRITÈRES DE LA COMMUNICATION AU PUBLIC

Les deux éléments qui constituent le droit exclusif ressortent de son appellation. L'œuvre doit être (A.) communiquée (B.) à un public. Mais d'autres critères ont parfois été ajoutés par la juridiction communautaire (C.). Il faut également rappeler le mantra de la Cour s'agissant du droit d'auteur, directement repris d'un considérant de la directive de 2001, qui impose un niveau élevé de protection des auteurs et titulaires des droits voisins<sup>14</sup>. De ce point de départ découle naturellement une interprétation large de la notion de communication.

### A. Un acte de communication

#### 1. Un acte de transmission ou de mise à disposition

Une première objection à la qualification de l'établissement d'un hyperlien en acte de communication est l'absence de toute transmission de l'œuvre. Cette objection avait été formulée notamment par l'European Copyright Society dans sa déclaration relative à l'affaire *Svensson*<sup>15</sup>. L'exigence d'une transmission apparaît au considérant 23 de la directive qui

<sup>5</sup> C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League (FAPL)*, C-403/08 et C-429/08.

<sup>6</sup> C.J.U.E., 13 octobre 2011, *Airfield*, C-431/09 et C-432/09.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF)*, C-135/10.

<sup>8</sup> C.J.U.E., 15 mars 2012, *Phonographic Performance (Ireland) Limited (PPL)*, C-162/10.

<sup>9</sup> C.J.U.E., 7 mars 2013, *ITV*, C-607/11.

<sup>10</sup> C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Circul Globus*, C-283/10.

<sup>11</sup> C.J.U.E., 22 décembre 2011, *BSA*, C-393/09.

<sup>12</sup> Il s'agissait de télédiffusion de résultats électoraux traités par un programme d'ordinateur et donc de la communication des interfaces présentant ces résultats.

<sup>13</sup> C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft*, C-128/11, § 52.

<sup>14</sup> Rappelé également dans l'arrêt commenté, § 17.

<sup>15</sup> European Copyright Society, Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*,



dispose: «La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte».

Dans ses arrêts précédents, la Cour paraît insister sur le lien entre communication et transmission. Par exemple dans l'arrêt *FAPL*, relatif à la diffusion de matches de foot dans des cafés, les juges considèrent que «il convient d'entendre la notion de communication de manière large, comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés»<sup>16</sup>. L'arrêt *Circul Globus* est plus catégorique quand il affirme que «ce droit ne couvre pas des actes qui n'impliquent pas une "transmission" ou une "retransmission" d'une œuvre»<sup>17</sup>.

Un renvoi au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur peut également être utile dans la mesure où la proposition de base du Traité estimait qu'une communication impliquait toujours une transmission<sup>18</sup>.

Or insérer un hyperlien sur une page web n'effectue aucune transmission de l'œuvre ainsi liée, qui reste sur sa page d'origine jusqu'à ce qu'un internaute y accède en cliquant sur le lien proposé. Le lien se contente de signaler où trouver l'œuvre mais ne la communique pas.

Pourrait-on dire alors qu'à défaut de transmission effective, la mise à disposition de l'œuvre suffit<sup>19</sup>? Elle est visée explicitement par la directive et le Traité OMPI et ne requiert par définition aucune transmission. Il y a mise à disposition lorsque l'œuvre est rendue accessible aux utilisateurs de telle manière qu'ils puissent y avoir accès de l'endroit et au moment qu'ils choisissent. C'est là que la Cour trouve la nature communicationnelle des hyperliens. Elle considère que «le fait de fournir, sur un site internet, des liens cliquables vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès sur un autre site, offre aux utilisateurs du premier site un accès direct auxdites œuvres»<sup>20</sup>, ce qui relève du droit de mise à disposition. Cette affirmation n'est pas davantage explicitée. Comme le dirait Cyrano, *Ah! Non! C'est un peu court, jeune homme! On pouvait dire... oh! Dieu! ... bien des choses en somme...*

L'hyperlien a une double fonction: il indique d'une part où le contenu lié est accessible, et il fournit également un accès directement opératoire à ce contenu. Cette potentialité a-t-elle toutefois le statut de mise à disposition? Même si la transmission effective de l'œuvre n'est pas pertinente dans le cas de la simple mise à disposition, celle-ci requiert à tout le moins une intervention quelconque pour que cette œuvre soit disponible. Sans cette intervention, a déjà précisé la Cour, l'œuvre ne serait pas accessible au public concerné. Or dans le cas d'un hyperlien, l'œuvre est déjà accessible par ailleurs pour ce même public.

En outre, la transmission est potentielle et se réalisera dès l'instant où un membre du public

15 February 2013, disponible sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2220326](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326).

<sup>16</sup> C.J.U.E., *FAPL*, *op. cit.*, § 193. Voy. également, C.J.U.E., *ITV*, *op. cit.*, § 24.

<sup>17</sup> C.J.U.E., *Circul Globus*, *op. cit.*, § 40.

<sup>18</sup> Basic Proposal for the Treaty, Paragraphs [10.15]-[10.16].

<sup>19</sup> C'est la thèse suivie par l'ALAI. Voy. avis de l'ALAI relatif à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur internet, 16 septembre 2013, disponible sur <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>.

<sup>20</sup> *Svensson*, § 18.



le souhaite. La reproduction sur son propre serveur de contenus rendus disponibles au téléchargement est certainement un acte de mise à disposition. Le branchement de télévision au signal de télévision dans des chambres d'hôtel permet également la transmission de l'œuvre dès l'allumage des appareils. Dans ces deux cas, il y a transmission par celui qui met l'œuvre à disposition lorsque et si le destinataire le choisit. Mais le simple pointage par un lien URL vers un autre endroit du net met-il le contenu qui s'y trouve à disposition? Lorsque l'internaute fait le choix de cliquer sur le lien, le voilà renvoyé ailleurs sur le net et aucune transmission de l'œuvre n'est opérée par le site web où se trouvait l'hyperlien. En somme une simple potentialité de transmission de l'œuvre *par un tiers* suffit-elle à constituer un acte de mise à disposition? Nous ne le pensons pas. *A fortiori*, lorsque le contenu ainsi lié est enlevé de la page web sur laquelle il se trouve, le lien ne mène plus à rien et ne met plus l'œuvre à disposition.

Tout au plus pourrait-on argumenter que certains types de lien impliquent davantage un acte de transmission par celui qui l'établit. Par exemple dans le cas des liens profonds qui incluent le contenu lié dans la page liante, la mise à disposition de ce contenu est bien plus associée à la communication générale de la page qui contient le lien profond. Mais même dans ce cas, l'hyperlien ne donne plus accès à rien si l'œuvre disparaît de son emplacement originel sur le net. Par ailleurs, la Cour dans la décision commentée refuse toute distinction entre liens simples et liens profonds, soit dans ce dernier cas «lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site»<sup>21</sup>.

À titre de comparaison, une décision allemande avait considéré que la fourniture d'un hyperlien ne constituait pas un acte de communication car il facilitait seulement la mise à disposition de l'œuvre déjà effectuée par d'autres<sup>22</sup>.

À considérer que tout hyperlien est un acte de communication, tout devient en réalité communication sur internet, tant l'hypertextualité constitue le tissu des réseaux numériques. Il y a de quoi s'inquiéter sur la béance qu'ouvre ainsi la Cour. Qui va pourtant tenter, mais maladroitement à notre avis, de colmater la brèche par le critère du nouveau public.

## 2. L'exclusion de la fourniture d'équipements

Avant d'en venir à la notion de public, un mot est utile quant à la ligne de partage établie par la Cour au fil de ses arrêts entre l'intervention qui constitue un acte de communication et la fourniture d'équipements permettant la communication qui y échappe. La règle résulte du considérant 27 de la directive 2001/29 et visait à rassurer les fournisseurs d'accès à internet. L'installation d'équipements ou d'infrastructure par lesquels transite la transmission d'œuvres n'est pas en elle-même un acte de communication. La Cour l'a rappelé dans l'affaire *SGAE* à l'hôtelier qui prétendait s'être contenté d'avoir installé des postes de télévision dans les chambres en précisant que «si, au moyen des appareils de télévision ainsi installés, l'établissement hôtelier distribue le signal à ses clients logés dans les chambres de cet établissement, il s'agit d'une communication au public»<sup>23</sup>. De même une intervention technique pour garantir ou améliorer la réception de la transmission n'équivaut pas à un acte de communication<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Svensson, § 29.

<sup>22</sup> *Paperboy*, Case I ZR 259/00, 17 juillet 2003, IIC, 2004, p. 1097, spéc. § 42.

<sup>23</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 46.

<sup>24</sup> C.J.U.E., *Airfield*, *op. cit.*, § 79; C.J.U.E., *ITV*, *op. cit.*, § 28.



## B. La notion de public

La détermination de la notion de public paraissait avoir été laissée à l'appréciation du droit national par la directive 2001/29. La Cour de justice s'est toutefois permis de se substituer aux États membres sur ce point qu'elle a embarqué dans sa vision ample de la communication comme notion autonome de droit communautaire<sup>25</sup>. Elle procède en deux temps, d'une part en définissant le public, d'autre part en introduisant la condition supplémentaire du nouveau public.

### 1. Public

Dans deux décisions de 2005, la Cour de justice avait déjà défini le public concerné par le droit de communication comme étant constitué «par un nombre indéterminé [d'auditeurs ou de téléspectateurs] potentiels»<sup>26</sup>. L'arrêt *SGAE* reprend cette définition<sup>27</sup> et précise que les personnes peuvent se succéder dans les chambres d'hôtel mais qu'elles représentent au total «un nombre de personnes assez important»<sup>28</sup>. Cet aspect cumulatif ou successif, qui n'exige pas que la communication soit faite à une groupe de personnes présentes au même moment, est réitéré dans les deux affaires relatives au droit de rémunération pour communication au public, l'une concernant également un hôtel<sup>29</sup>, l'autre un cabinet de dentiste dans lequel les patients se succèdent mais peuvent au final constituer un public<sup>30</sup>. Dans ce dernier cas toutefois, les juges communautaires instaurent un seuil en deçà duquel il ne peut y avoir de public: le nombre de personnes assez important visé par la Cour dans ses arrêts antérieurs indiquerait que «la notion de

public comporte un certain seuil *de minimis*, ce qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante»<sup>31</sup>.

Peu importe en revanche que les personnes se trouvent individuellement dans un espace privé<sup>32</sup> ou accèdent à l'œuvre par une connexion *one-to-one*<sup>33</sup>.

La Cour ne s'aventure pas en revanche sur la distinction habituelle dans de nombreux États entre public et cercle de famille. Sa délimitation du public est quantitative, pas qualitative. Que dirait-elle en présence d'un nombre assez important de personnes liées par un lien privé?

Pour revenir à l'établissement d'un hyperlien, il va de soi que, à considérer qu'il y a communication, celle-ci est faite à un public, le nombre de personnes susceptibles d'avoir accès à ce contenu sur internet étant potentiellement élevé et constituant un nombre indéterminé et assez important de destinataires<sup>34</sup>.

C'est sur le critère du nouveau public qu'achoppe alors l'inclusion de l'hyperlien dans les actes réservés aux auteurs.

### 2. Le nouveau public

C'est dans l'arrêt *SGAE* qui inaugure la litanie judiciaire de la notion communautaire de communication que le critère apparaît. Il n'y aurait communication que si «la transmission se fait à un public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre, c'est-à-dire à un public nouveau»<sup>35</sup>. Cet élément, repris et défini, au gré des décisions suivantes, comme «un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation

<sup>25</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 31.

<sup>26</sup> C.J.C.E., 2 juin 2005, *Mediakabel*, C-89/04, *Rec.*, I-4891, § 30; C.J.C.E., *Lagardère*, *op. cit.*, § 31.

<sup>27</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 37.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> C.J.U.E., *PPL*, *op. cit.*, §§ 32-36.

<sup>30</sup> C.J.U.E., *SCF*, *op. cit.*, §§ 85-87.

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 86.

<sup>32</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 50.

<sup>33</sup> C.J.U.E., *ITV*, *op. cit.*, § 34.

<sup>34</sup> *Svensson*, § 22.

<sup>35</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 40.



## JURISPRUDENCE

par la communication au public d'origine»<sup>36</sup>, est lié à l'intervention nécessaire pour qu'il y ait transmission au public. Cette intervention, que l'on qualifiera alors d'acte de communication, est en effet requise pour que ce nouveau public ait accès à l'œuvre<sup>37</sup>.

C'était sans compter sur la capacité de surprise dont la Cour communautaire est friande. En 2013, elle met de côté cette condition du public nouveau dans le contexte d'une retransmission sur internet, par *streaming*, de programmes de télévision déjà accessibles par les ondes à tout résident anglais. Le site internet effectuant la diffusion contrôlait si l'internaute était un résident du territoire britannique (par vérification de l'adresse IP) et prétendait donc ne pas diffuser les programmes à un nouveau public, critère qui paraissait ici mener à une impasse. Les juges de Luxembourg postulent dès lors une distinction entre les «situations dans lesquelles un opérateur avait rendu accessible, par son intervention délibérée, une radiodiffusion comprenant des œuvres protégées à un public nouveau qui n'a pas été pris en compte par les auteurs concernés lorsqu'ils ont autorisé la transmission radiodiffusée en question» et les cas de transmission d'œuvres effectuée dans des conditions techniques spécifiques et différentes<sup>38</sup>. Dans ce dernier cas, lorsque la communication s'effectue dans un autre mode

technique, la condition du public nouveau ne serait plus requise.

Cette distinction nous semble tendancieuse et casuistique. Quand y a-t-il mode technique différent? Dans l'arrêt *Airfield* qui reprend la condition de public nouveau, la transmission de programmes par satellite diffère pourtant techniquement de la télédiffusion classique par les ondes, or ce cas est rangé par la Cour dans les hypothèses de même mode technique de transmission. Les questions préjudicielles récemment posées à la Cour, relativement à des hyperliens postés sur internet et renvoyant directement à des programmes sportifs diffusés à la télévision, pourraient donner du fil à retordre aux juges communautaires dans l'application de cette ligne de partage<sup>39</sup>. L'on se trouve là en effet à l'interstice entre l'arrêt *ITV*, sur le *streaming* de programmes télévisés, pour lequel le nouveau public n'est pas requis, et l'arrêt *Svensson*, sur les hyperliens, qui s'appuie sur ce critère.

On peut parier que le clivage entre modes techniques différents se révélera un jour inadéquat à appliquer dans certains contextes. La convergence des techniques de transmission et des média digitaux risque de rendre très poreuse cette prétendue distinction entre les procédés de transmission. Lorsque tout service, radio, télévision, internet, se transmettra sur les réseaux, quelle que soit la modalité technique d'accès à ceux-ci à laquelle recourra l'utilisateur, câble, ondes hertziennes, satellite, wifi, il faudra bien, sauf à la Cour de se dédire, appliquer systématiquement le critère de public nouveau. Ne risque-t-on pas alors de tout faire reposer sur la volonté des ayants droit de fragmenter ou non les publics de réception des œuvres? Rappelant que le droit de communi-

<sup>36</sup> C.J.U.E., *FAPL*, *op. cit.*, § 197; C.J.U.E., *Airfield*, *op. cit.*, § 76.

<sup>37</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 42 («l'établissement hôtelier est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients. En effet, en l'absence de cette intervention, ces clients, tout en se trouvant à l'intérieur de ladite zone, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée»); C.J.U.E., *FAPL*, *op. cit.*, § 195 («sans l'intervention dudit propriétaire, ces clients ne peuvent jouir des œuvres radiodiffusées, même s'ils se trouvent à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission»).

<sup>38</sup> C.J.U.E., *ITV*, *op. cit.*, §§ 38-39.

<sup>39</sup> Questions préjudicielles du Högsta domstolen (Sweden), 22 mai 2013, *C More Entertainment AB v Linus Sandberg*, C-279/13.



cation n'est aucunement soumis à épuisement, l'ampleur de cette prérogative deviendrait presque sans limites.

Ce risque pointe déjà dans le raisonnement de la Cour dans *Svensson*. Dans son paragraphe 27, afin de conclure à l'unicité du public sur internet, elle dispose que «lorsque l'ensemble des utilisateurs d'un autre site auxquels les œuvres en cause ont été communiquées au moyen d'un lien cliquable pouvaient directement accéder à ces œuvres sur le site sur lequel celles-ci ont été communiquées initialement, sans intervention du gérant de cet autre site, les utilisateurs du site géré par ce dernier doivent être considérés comme des destinataires potentiels de la communication initiale et donc comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale». En présumant que tout internaute qui peut accéder au site initial, sans aucune restriction, fait partie du public considéré par le premier acte de communication autorisée par les ayants droit, les juges communautaires associent déjà plusieurs virus à l'innocuité apparente de leur raisonnement.

En premier lieu, ils semblent exiger que le premier acte de communication au public soit autorisé par les titulaires de droit d'auteur, ce qui vient immédiatement faire vaciller la légitimité d'un hyperlien qui pointerait vers un contenu illicitement diffusé sur le net<sup>40</sup>. Il n'est pourtant pas davantage créateur d'un nouveau

public, mais l'illicéité originelle de la communication au public viendrait vicier la suivante. Mais sur quelle base? À appliquer la jurisprudence de la Cour, il faut bien admettre qu'il y a communication, au public, par un même mode technique, mais pas à un public nouveau, ce qui permet de conclure à l'absence d'un acte de communication au public. Par quel étrange retournement du seul fait de l'absence de consentement de l'auteur à cette première communication, l'hyperlien deviendrait-il un acte de communication au public? La source licite de l'œuvre, que la Cour vient tout juste d'exiger comme condition d'admissibilité de l'exception de copie privée<sup>41</sup>, accéderait-elle au statut de principe transversal du droit d'auteur? Et comment celui qui établit l'hyperlien pourrait-il le déterminer?

Avec sa sagacité habituelle, Valérie-Laure Benabou remarque: «L'acte de communication au public dans le chef du poseur de lien est ici tributaire de la manière dont l'œuvre a été mise à disposition sur le site cible. Or, une telle logique s'inscrit dans une rupture par rapport à la méthode habituelle caractérisant l'acte de communication au public, de manière distincte chez chacun des maillons de la chaîne de transmission, au regard de critères préétablis»<sup>42</sup>. En somme, le consentement de l'auteur quant à la première mise à disposition sur internet serait l'indicateur de la qualification de l'hyperlien en acte de communication, et plus la satisfaction de critères objectifs résultant de la définition légale du droit exclusif.

Ensuite, le public auquel il faut confronter la nouveauté de celui constitué par les destinataires potentiels de l'hyperlien est celui qui est «pris en compte par les titulaires de droit» lorsqu'ils autorisent la première communication. C'est bien admettre que ces derniers ont

<sup>40</sup> Ce qui laisse ouverte la question de la possibilité d'une mise en ligne licite dans le cadre d'une exception au droit d'auteur. Il n'y pas là autorisation explicite des auteurs, qui n'ont pas à l'autoriser. Cela suffit-il pour appliquer la logique de la Cour? Voy. sur cette question V.-L. BENABOU, «Quand la C.J.U.E. détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public», 15 février 2014, disponible sur <http://vlbenabou.wordpress.com/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>.

<sup>41</sup> C.J.U.E., 8 avril 2014, *ACI Adam*, C-435/12.

<sup>42</sup> V.-L. BENABOU, *op. cit.*



le pouvoir de diviser le public dès l'origine. N'est-ce pas là faire application de la théorie du consentement implicite souvent avancée par la doctrine en matière d'hyperliens<sup>43</sup>? Mais qui dit consentement implicite, dit avant tout nécessité de consentement et droit exclusif. De nouveau l'argumentation de la Cour se retourne. Toute communication sur internet nécessite le consentement des ayants droit, parce qu'il s'agit d'une communication au public, mais ceux-ci sont supposés avoir considéré les internautes comme un seul public, ce qui permet de conclure qu'une communication par hyperlien ne constitue pas un acte de communication. La logique de l'argumentation est faible.

Par ailleurs, lorsque l'arrêt énonce d'emblée qu'un site internet a un seul public, il ouvre déjà la porte à une identification de publics différents site par site. Au paragraphe 22, en effet, il est énoncé que la communication par un lien cliquable « vise l'ensemble des utilisateurs potentiels du site que cette personne gère », et non l'ensemble du public des internautes. Voilà une brèche où ne manqueront pas de s'engouffrer maintes arguties sur les multiples publics d'internet, un site web ne drainant pas les mêmes foules qu'un autre. Il va de soi qu'économiquement et sociologiquement les internautes ne forment pas une masse unique mais se décomposent en d'innombrables publics bigarrés et disparates. L'autorisation d'un artiste de mettre ses illustrations ou photographies sur un site d'une association homosexuelle ne comprend sans doute pas le public du site d'une association contre le mariage gay qui, par ce lien cliquable, voudrait dénoncer ce qu'elle combat. Le public de ce deuxième site web sans doute non considéré par l'auteur ne devient-il pas dès lors

un nouveau public et l'hyperlien un acte de communication? La pente est glissante.

Enfin, et à la suite de la logique du consentement implicite, l'arrêt admet que des restrictions d'accès puissent être posées par l'auteur<sup>44</sup>. Un hyperlien ne pourra pas lier à du contenu qui ne serait pas librement accessible par ailleurs. Cela nous paraît légitime<sup>45</sup>. Mais cette restriction d'accès peut-elle résulter d'un simple refus du titulaire de droit que son œuvre soit pointée ou référencée par des hyperliens? Les moteurs de recherche s'interdisent déjà de référencer du contenu intégrant une balise signalant un tel refus. Qu'en est-il d'un avertissement sur le site web? Dans les conditions générales? Comment ensuite faire connaître ce refus des auteurs qui ont autorisé la communication sur un site web qu'ils ne contrôlent pas aux metteurs d'hyperliens qui visent ce dernier?

### C. Autres critères pertinents : le but lucratif ?

Le but lucratif que pouvait revêtir l'acte de communication ou de mise à disposition du public a semblé un temps pertinent aux juges communautaires. Ainsi, l'installation de télévision dans des chambres d'hôtels permet d'augmenter le standing de l'établissement<sup>46</sup>, la diffusion de rencontres sportives dans un pub augmente le nombre de clients et leur consommation<sup>47</sup>, l'inclusion de programmes télévisés dans un bouquet satellitaire correspond à un service d'abonnement payant<sup>48</sup>.

Bien que cet élément n'ait pas été considéré comme nécessaire à la qualification de communication au public, il n'en était pas moins pertinent dans plusieurs décisions<sup>49</sup>. C'est dans les

<sup>43</sup> Voy. sur cette question, A. STROWEL et N. IDE, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. À propos des hyperliens », *A&M*, 1998, p. 296.

<sup>44</sup> *Svensson*, § 31.

<sup>45</sup> Voy. en ce sens Bruxelles, 5 mai 2011, *Google News*, *R.D.T.I.*, n° 44, 2011, pp. 35 et s.

<sup>46</sup> C.J.C.E., *SGAE*, *op. cit.*, § 44.

<sup>47</sup> C.J.U.E., *FAPL*, *op. cit.*, § 204.

<sup>48</sup> C.J.U.E., *Airfield*, *op. cit.*, § 80.

<sup>49</sup> C.J.U.E., *FAPL*, *op. cit.*, § 204; C.J.U.E., *ITV*, *op. cit.*, § 42.



décisions sur la notion de droit à rémunération pour communication au public dont bénéficient les titulaires de droits voisins, en l'absence d'un véritable droit exclusif, que la place accordée à ce critère fut la plus marquée en raison de la nature essentiellement financière du droit à rémunération<sup>50</sup>. La diffusion de musique dans la salle d'attente et le cabinet d'un dentiste n'a en effet aucun impact sur le revenu d'un dentiste et n'est pas réalisée pour « capturer » sa clientèle<sup>51</sup>. En revanche, les clients d'un hôtel sont ciblés et réceptifs à une telle diffusion qui revêt une intention lucrative<sup>52</sup>.

La Cour a finalement écarté ce critère, en tout cas dans les facteurs à considérer pour définir le droit de communication, le jugeant non déterminant<sup>53</sup>. C'est en effet un critère étranger au droit d'auteur.

## CONCLUSION

L'hyperlien n'est pas un acte de communication. L'internet est sauf.

Vraiment ?

Cette conclusion à laquelle aboutit la juridiction communautaire emprunte pourtant des chemins tortueux dans les méandres desquels sommeillent plusieurs chausse-trapes. Le premier est la qualification du « pointage » qu'opère un hyperlien en acte de mise à disposition du public. Alors qu'aucune transmission de l'œuvre n'est effectuée par l'auteur de l'hyperlien, même pas lorsque l'internaute décide de cliquer sur le lien, cette équivalence embrasse bien trop largement tout acte facilitant l'accessibilité des œuvres.

D'autres questions vont se poser bientôt sur lesquelles cette position de la Cour jette une ombre. Par exemple la SABAM a décidé de poursuivre un grand fournisseur d'accès internet en raison des actes de communication des œuvres qu'il effectuerait par le simple transit des œuvres sur les réseaux auxquels il ouvre l'accès. Mais y a-t-il vraiment transmission ou uniquement mise à disposition d'une infrastructure qui rend possible la transmission par des tiers ?

Autre guet-apens tapi dans le raisonnement de la décision *Svensson* : l'unicité du public des internautes est-elle définitive ou dépend-elle de la considération qu'en fait l'auteur lorsqu'il autorise la première mise à disposition de son œuvre sur internet ? Le public se fragmente-t-il au gré de la volonté des ayants droit ? Dans l'affirmative, il ne faudra pas attendre longtemps pour que la seule digue qui empêche qu'un lien hypertexte soit un acte de communication au sens de la directive, rompe sous des argumentations créant des publics distincts selon les sites internet ou sous les interdictions de lier que formuleraient les auteurs. Plus fondamentalement, n'est-ce pas ici le titulaire du droit d'auteur qui devient décideur de l'étendue du droit de communication, et non plus la loi ? Ce serait faire reposer la fabrique même de l'internet et son entrelacs d'hyperliens sur bien peu de choses...

Séverine DUSOLLIER

<sup>50</sup> C.J.U.E., *SCF*, *op. cit.*, § 88.

<sup>51</sup> *Ibidem*, §§ 90-91.

<sup>52</sup> C.J.U.E., *PPL*, *op. cit.*, §§ 36-37.

<sup>53</sup> C.J.U.E., *ITV*, *op. cit.*, §§ 33-34.

