By Alain Strowel, 3 March 2016

Les hyperliens: de bonnes relations qui restent des liaisons dangereuses?

ID 10864164 © Madmaxer | Dreamstime.com

Les hyperliens sont au coeur de l'Internet puisque ce sont les fils du World Wide Web. Une Toile qui ne cesse de s'étendre au profit des internautes du monde entier.

Le débat sur la responsabilité pour l'établissement des hyperliens reste dans l'actualité. En 1988 (il y a déjà près de 20 ans!), j'avais publié dans *Auteurs & Media* un article intitulé:"*Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des liens hypertextes*" (*A&M*, 1998.4, p. 296-308). Aujourd'hui, on doit encore se demander quand les bonnes relations permises par les hyperliens se muent sur le plan juridique en liaisons dangereuses, à tout le moins discutées.

La question de savoir si placer un hyperlien peut constituer une "communication au public" au sens de l'article 3 de la Directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information a déjà fait l'objet d'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne. Trois décisions ont été rendues dans les affaires *Svensson* (13 février 2014, C-466/12), *BestWater* (21 oct. 2014, C-348/13) et *C-More Entertainment* (26 mars 2015, C-279/13). Après avoir tenté d'anticiper le sens de l'arrêt *Svensson* (ici), IPdigIT avait déjà discuté l'arrêt *Svensson,* en particulier les ambiguïtés du paragraphe 31 (voir ici ; voir aussi mon commentaire:« Etablir 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, p. 228-232).

Dans *Svensson*, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) jugeait que créer un hyperlien et faciliter l'accès au contenu protégé sur le site cible ne constitue en principe pas un acte de « communication au public » tombant sous le droit d'auteur. Ce faisant, elle mettait en partie fin à

un débat qui avait divisé la doctrine. Dans *BestWater,* la Cour a suivi le même raisonnement. Les questions préjudicielles étant similaires, les réponses apportées dans *Svensson* sont applicables et la Cour n'a donc rendu, le 21 octobre 2014, qu'une simple ordonnance. Dans *C-More Entertainment,* la Cour de justice (le 26 mars 2015) ne s'est plus prononcée sur les questions relatives aux hyperliens car la Cour suprême suédoise a retiré, après avoir pris connaissance de l'arrêt *Svensson,* les questions en matière d'hyperlien. La jurisprudence post-*Svensson* n'a donc pas clarifié les questions délicates laissées en suspens, ce qui est très regrettable. Parmi ces questions qui demeurent sans réponse : quelles sont les conséquences de l'absence d'autorisation de l'ayant droit quant au site cible ? Quelles conséquences en terme de sanction doit-on tirer de la présence de mesures techniques protégeant le site cible et de leur éventuel contournement à travers l'hyperlien? Que conclure lorsque le site qui établit l'hyperlien ne respecte pas les conditions générales du site cible, lesquelles prohibent l'établissement d'hyperliens sans autorisation préalable ?

La question reste dans l'actualité puisque le Hoge Raad des Pays-Bas a, le 7 avril 2015, posé diverses questions dans l'affaire *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV* (C-160-15). Au centre de l'affaire, des photos d'une jeune vedette TV qui a posé nue pour le magazine Playboy. Avant que les photos paraissent dans la revue, une personne inconnue les met sur un site australien de stockage de données en ligne (Filefactory) sans autorisation du titulaire des droits (l'éditeur Sanoma). GeenStijl.nl, un blog des news à sensation qui appartient au groupe GS Media, est averti de la présence de ces photos et place rapidement un hyperlien vers ces photos avec un pointeur ("HHH EEE RRR EEE") invitant clairement les internautes à aller les consulter ("les photos que vous attendiez depuis longtemps"). Sur le site pointé 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. GS Media reçoit une mise en demeure de Sanoma qui a entretemps obtenu de Filefactory le retrait des photos. Geenstijl, après avoir été mis en demeure, publie un nouvel article sur l'affaire, incitant par un nouvel hyperlien les visiteurs à aller visionner les photos entretemps postées sur le site Imageshack (toujours sans autorisation des ayants droit). La jeune vedette et Sanoma qui représente le photographe assignent GS Media. En première instance, le juge estime qu'il y a une communication au public (publication au sens de openbaarmaking); la cour d'appel infirme et les parties vont toutes deux en cassation. Diverses questions se posent dont l'applicabilité de l'exception de citation et la balance à trouver avec la liberté d'expression, mais le point le plus discuté concerne l'existence ou non d'une violation du droit de communication au public. Voici les questions posées par le Hoge Raad à la CJUE:

> *1.a 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, à 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*[1] *?*
>
> *1.b Le point de savoir si l'œuvre n'a pas déjà été mise d'une autre manière auparavant à la disposition du public avec l'accord du titulaire du droit d'auteur a-t-il*

une incidence sur la réponse à la question précédente?

1.c Le point 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 dans la question 1.a et, le cas échéant, s'il savait ou devait savoir que l'œuvre n'avait pas non plus été mise par ailleurs à la disposition du public auparavant avec l'accord du titulaire du droit d'auteur est-il pertinent?

2.a En cas de réponse négative à la question 1.a: s'agit-il alors ou peut-il alors s'agir d'une communication au public lorsque le site Internet auquel renvoie l'hyperlien et, partant, l'œuvre sont bel et bien accessibles au public des internautes, mais pas de façon simple, de sorte que le fait de placer l'hyperlien facilite largement la découverte de l'œuvre?

2.b Le point de savoir si celui qui place l'hyperlien sait ou devrait savoir que le public des internautes ne peut pas facilement trouver le site Internet auquel l'hyperlien renvoie ou y avoir accès a-t-il une incidence sur la réponse à donner à la question 2.a?

3. Faut-il tenir compte d'autres circonstances pour répondre à la question de savoir s'il y a communication au public lorsqu'un hyperlien donnant accès à une œuvre qui n'a pas encore été mise à la disposition du public auparavant avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est placé sur un site Internet?

Pouvez-vous anticiper les réponses que la Cour de justice va donner à ces questions?

Ce faisant, il faut aussi savoir que la Cour de justice entend définir, en grande chambre, les critères de la communication au public dans un tout autre contexte celui de la mise à la disposition, dans les locaux d'un centre de rééducation, d'appareils de télévision auxquels l'exploitant du centre envoie un signal qui permet la réception d'émissions de télévision (affaire *Reha Training*, C-117-15). Dans cette affaire, l'avocat-général a déjà soumis ses conclusions (ici) qui peuvent le cas échéant être utilisées pour répondre aux questions dans *GS Media*.

————————————————————————————

La façon dont le Hoge Raad formule ses cinq questions à propos des hyperliens et des conditions pour une communication au public semble embrouillée, mais cela s'explique par les questions laissées ouvertes par la jurisprudence de la CJUE.

Dans sa jurisprudence (*Svensson* et *BestWater*), la Cour a clairement distingué deux conditions positives pour qu'il y ait une communication au public: il faut (i) qu'il y ait une communication et (ii) que cette dernière vise un "public" (additionnel).

(i) La notion de communication est large et couvre toute transmission: dans le cas d'un hyperlien cliquable renvoyant à des oeuvres protégées, la première condition est respectée: il y a une mise à la disposition permettant aux membres du public d'avoir un accès direct auxdites oeuvres (*Svensson*, §18 et 19)

(ii) Y a-t-il un public? Oui car un "nombre indéterminé de destinataires potentiels" (*Svensson*, §21) peut accéder à l'oeuvre par le biais de l'hyperlien. Toutefois, lorsque la communication seconde est faite "selon le même mode technique" que la première transmission, il faut un public nouveau (*Svensson*, §24), condition qui n'est pas remplie si un hyperlien donne accès à des oeuvres déjà directement accessibles sur le web (la Cour ne spécifie pas ce qu'elle entend par l'usage d'un même mode technique rendant les oeuvres accessibles).

Cependant, la CJUE est moins claire quant aux conditions additionnelles qu'elle exige pour conclure à l'absence d'un public nouveau: (a) l'absence de protection technique restreignant l'accès au contenu communiqué sur le site-cible (vers lequel pointe l'hyperlien; voir *Svensson*, §31) et (b) l'existence d'une autorisation donnée par l'ayant-droit quant à la première mise en ligne du contenu.

(a) Selon le paragraphe 31 dans *Svensson*, la présence d'une mesure technique par rapport au contenu sur le site-cible a pour effet que le public n'est pas le même puisque la mesure technique a limité ou segmenté le public ayant accès à l'oeuvre. Même si la conclusion, à savoir qu'il y a en ce cas une violation, est correcte – et souhaitable -, le raisonnement est critiquable puisque la Cour confond l'atteinte directe au droit exclusif de communication au public et l'atteinte distincte résultant du contournement de la mesure technique (lui-même devant être sanctionné en vertu de l'article 6 de la directive 2001/21). Qu'il y ait une violation, d'accord, mais il ne faut pas confondre la violation du droit et le contournement de la mesure technique, lui-même sanctionné de manière spécifique.

(b) La suite du paragraphe 31 est plus problématique encore: selon la Cour, l'autorisation en vertu de la communication au public doit être demandée "*notamment, lorsque l'œuvre n'est plus à disposition du public sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou qu'elle l'est désormais sur ce site uniquement pour un public restreint, alors qu'elle est accessible sur un autre site Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur*". Ici, la Cour semble exiger qu'il y ait autorisation donnée au site-cible sur lequel l'oeuvre est disponible. On comprend que la Cour tente de trouver une solution équilibrée qui permette aux ayants droit d'agir dans certaines hypothèses, mais les conditions évoquées sont vagues. Qui plus est, le non-respect de la condition (une autorisation pour le site-cible de rendre le contenu accessible) semble générer une violation directe du droit de communication au public, ce qui apparait critiquable sur le plan du raisonnement. Certes pas quant au résultat: il faut pouvoir interdire ce cas d'hyperlien vers du contenu non-autorisé, mais pourquoi faut-il que la base juridique soit le droit exclusif de communication au public? Cela risque d'ajouter des conditions supplémentaires au droit, largement impraticables. La responsabilité indirecte pour atteinte au droit d'auteur devrait ici pouvoir être invoquée: en l'absence d'une autorisation quant au contenu mis d'abord en ligne, l'établissement d'un hyperlien peut être interdit si les conditions d'une atteinte indirecte sont remplies, par exemple, s'il y a un encouragement à commettre des atteintes et une connaissance du caractère illicite du contenu vers lequel pointe l'hyperlien (ces conditions étant clairement remplies dans l'affaire GS Media).

C'est à cette lumière de ce rappel que l'on doit examiner les questions du Hoge Raad:

1(a). La question est de savoir si en l'absence d'une autorisation donnée pour la mise en ligne d'un contenu protégé, l'établissement d'un hyperlien vers ce contenu peut constituer une

communication au public. Répondre oui risque, comme noté ci-dessus, d'ajouter une condition à la définition de la communication au public, du reste difficile à vérifier en fait. Le droit de la responsabilité et la théorie jurisprudentielle de l'atteinte indirecte fondée par exemple sur la complicité à une atteinte ou l'existence d'une obligation de minimiser le préjudice permettent d'obtenir un remède en justice contre cette forme d'atteinte. On peut toutefois s'attendre à ce que la CJUE considère qu'il y a une atteinte directe au droit de communication au public, ce qui va contribuer à effacer la ligne de séparation entre atteinte directe et indirecte tout en créant de nouveaux problèmes insolubles (en effet, devra-t-on en ce cas, avant de placer un lien, demander l'autorisation du responsable du site-cible? En cas d'atteinte directe au droit exclusif, le principe est celui de l'opt-in, autrement dit il y a obligation d'obtenir une autorisation préalable. Devra-t-on en outre vérifier a priori si le contenu mis en ligne l'a été avec l'autorisation des ayants droit ?).

1(b). La situation envisagée dans la question renvoie aux circonstances particulières de l'espèce puisque les photos n'avaient pas encore été publiées par le photographe et Sanoma. En ce cas, il y a une atteinte au droit moral de divulgation, outre les questions touchant aux droits économiques. En droit belge, un éditeur ne serait pas habilité à agir sur cette base à défaut de pouvoir exercer ce droit inaliénable du créateur. Pour le reste, l'absence de publication par l'ayant droit (ou de divulgation par l'auteur personne physique) est un argument supplémentaire pour conclure à l'existence d'une faute si un tiers place l'hyperlien vers le contenu non divulgué. Ces circonstances ne devraient en revanche pas être déterminantes pour trancher s'il y a ou non un acte de communication au public.

1(c). La question concerne la connaissance requise par celui qui établit l'hyperlien. C'est un des critères à prendre en compte pour conclure à l'existence d'un atteinte indirecte – et on l'espèce on peut certainement établir cette connaissance par GeenStijl ce qui rend GS Media responsable pour le dommage causé par l'hyperlien.

2(a) La question revient sur les conditions de la communication au public au cas où la Cour devait conclure en répondant à la question 1(a) qu'il n'y a pas d'acte violant directement le droit de communication au public (en dépit de l'absence de consentement à la mise en ligne du contenu sur le site-cible). La question laisse supposer que si l'oeuvre n'est pas aisée à trouver (par ex. si elle est logée à une adresse web très longue et mal référencée par les moteurs de recherche), il n'y aurait pas de communication au même public que celui qui accède aux contenus facilement référencés sur le web. Cette question concerne donc la possibilité de segmenter les publics en ligne par l'usage intentionnel d'adresses web peu conviviales (qui doivent être connues pour retrouver l'information) et non adéquatement référencées. Il y a ici un argument valide pour juger que l'établissement de l'hyperlien élargit le public originaire, ce qui implique qu'il y ait en l'espèce une communication au public (et une atteinte directe au droit). Du reste, dans l'arrêt *Google Spain* en matière de droit au déréférencement (droit à l'oubli sur le web), la Cour semble admettre (en tout cas implicitement) la segmentation des publics puisque le fait pour un moteur de recherche de mettre en haut de ses résultats un lien peut être considéré comme une re-publication du contenu sinon déjà accessible sur le site référencé (la re-publication est une condition habituelle en droit des médias pour permettre à un individu de mettre en oeuvre son droit à l'oubli, en tant que déclinaison du droit à la vie privée). Reste que ce critère ne sera pas non plus facile à manier (quand une adresse complexe couplée à un mauvais référencement segmente-t-elle le public destinataire?)

2(b). La connaissance de la difficulté à trouver le site-cible dans l'hypothèse de 2(a) ne doit pas intervenir comme facteur d'appréciation, puisque, dans cette hypothèse, on peut conclure que l'acte de placement de l'hyperlien porte directement atteinte au droit exclusif de communication au public (pas de connaissance requise pour conclure à l'atteinte).