

Chronique

DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

UN DÉCLIC POUR LES LIENS CLIQUABLES

PAR HENRI ALTERMAN* ET FABRICE PERBOST**

❶ CJUE, 13 février 2014, affaire C-466/12, *Nils Svensson*

Véritables pivots dans l'interactivité d'Internet, les liens hypertextes ou hyperliens permettent de relier des sites entre eux et d'augmenter la notoriété des contenus qu'ils portent. Synapses de l'Internet, les liens hypertextes sont en effet indispensables au suivi de l'information par les internautes¹.

Les liens hypertextes sont cependant depuis quelques années l'objet de discussions tendues et fournies entre les éditeurs de contenus et les moteurs de recherche ou autres agrégateurs d'informations du fait des enjeux considérables qu'ils représentent. En attestent les débats récents et à tout le moins animés au sujet de la « Lex Google », non seulement en France, mais plus largement en Europe, qui ont vu par exemple certains éditeurs de presse français s'opposer au géant américain pour lui réclamer une rémunération équitable à chaque référencement par voie d'hypertexte².

Les législateurs nationaux font ainsi face à de plus en plus de pressions de la part des éditeurs

de contenus qui souhaiteraient voir l'imprécision rémanente du statut juridique des hyperliens céder la place à un régime légal circonscrit plus protecteur de la création intellectuelle³. C'est parce qu'une large part de l'échange de fichiers s'effectue par l'intermédiaire d'annuaires de liens ou de forums, que de nombreux éditeurs⁴, mais également la doctrine⁵, appellent aujourd'hui de leurs vœux une clarification du cadre légal en la matière.

C'est dans ce contexte que la Cour de justice de l'Union européenne a récemment été amenée à statuer sur l'atteinte ou non au droit d'auteur du fait de la communication au public d'une œuvre via la fourniture de liens hypertextes.

Dans cette affaire, la société suédoise *Retriever Sverige* avait inséré sur son site internet des hyperliens renvoyant ses utilisateurs vers des articles de presse sur lesquels les journalistes auteurs des écrits étaient titulaires du droit d'auteur. Les rédacteurs, qui avaient uniquement autorisé la publication de leurs articles dans un journal d'une part et sur le site internet exploité par ce même journal d'autre part, estimaient que cette exploitation sans leur autorisation constituait un acte de communication au public au sens de l'article 381 de la

* Henri Alterman est avocat honoraire et président d'honneur de l'Afdit.

** Fabrice Perbost est avocat associé au cabinet Kahn et Associés.

1 - « La responsabilité du fait des liens hypertextes », M. Labyod, 27 juin 2011, <http://www.legavox.fr/blog/mr-labyod/responsabilite-fait-liens-hypertextes-5950.htm#.UxS7iWQVvJF>.

2 - « Les journaux français souhaitent une « lex Google », Le Monde.fr, 4 septembre 2012 http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2012/09/04/les-journaux-francais-souhaitent-une-lex-google_1755213_3236.html ; « Rémunération des médias : Google et la France signent un accord », Le Monde, 1^{er} février 2013, http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/02/01/negociations-en-cours-entre-google-et-les-patrons-de-presse_1826134_651865.html.

3 - « Les liens hypertextes et la communication au public », Asim Singh, *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2013, n° 89.

4 - La presse française s'est notamment regroupée au sein du Groupement des éditeurs en ligne (GESTE) ou encore du Syndicat de la presse quotidienne nationale (SPQN), afin d'initier l'idée d'instituer une taxe sur les liens hypertextes affichés dans un certain contexte, au bénéfice des groupes de presse.

5 - « Internet, droit d'auteur et droit de représentations : questionnements sur les liens hypertextes », *Lamy Droit du numérique*, sous la responsabilité de Michel Vivant, p. 1527, n° 2375.

directive 2001/29 portant atteinte à leur droit exclusif de mettre leurs œuvres respectives à la disposition du public.

À ce titre, les requérants demandaient à la Cour de dire si le fait pour un tiers d'établir un hyperlien vers un contenu protégé constituait une « communication au public » requérant le consentement préalable du titulaire des droits.

I - L'arrêt du 13 février 2014 est l'occasion pour la Cour de justice de l'Union européenne de rappeler que la communication au public est traditionnellement constituée dès lors qu'il y a mise à disposition du contenu à un nombre indéterminé de destinataires potentiels sans qu'il soit nécessaire que ces derniers aient ou non cliqué sur le lien⁶. La Cour précise ainsi qu'un lien hypertexte peut dans l'absolu constituer un acte de communication au public.

Les juges concluent pourtant, au vu des faits de l'espèce, qu'une telle communication n'est pas ici constituée. Se fondant sur une jurisprudence antérieure⁷, ils relèvent en effet que l'acte de communication au public n'est pas matérialisé en ce que les œuvres n'avaient pas été véhiculées par les liens à un public nouveau. Les liens contribuaient certes à faciliter l'accès aux contenus protégés mais n'en constituaient pour autant pas l'unique moyen d'accès. La Cour a ainsi considéré que lorsqu'un site tiers utilise un lien hypertexte renvoyant à un contenu librement consultable par l'ensemble des internautes, il ne le rend pas accessible à un « nouveau public » mais offre simplement un autre chemin à ce même public pour le consulter.

Le critère de nouveauté serait caractérisé, selon la Cour, dès lors que la communication est adressée à un public n'ayant pas été appréhendé par les titulaires du droit d'auteur au moment de la mise en ligne⁸.

Pour conclure à l'absence d'un public nouveau visé par la communication, la Cour relève en effet que « le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, sachant que l'accès aux

œuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement ». Les utilisateurs du second site devaient donc être considérés comme des destinataires potentiels de la communication initiale et par là même comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils avaient consenti à ladite communication.

Il en irait autrement si l'article mis en ligne n'était pas à l'origine librement consultable sur le site de la communication initiale par l'ensemble des internautes. La Cour vise ainsi « l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien 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 et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées. » Il y a dès lors « lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public. » L'hyperlien porterait alors sciemment atteinte à une mesure destinée à protéger l'œuvre d'un public autre que celui pour lequel l'auteur de l'œuvre a autorisé sa diffusion.

La Cour illustre sa position en interdisant au lien hypertexte de permettre, sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur, un nouvel accès à une œuvre désormais indisponible en ligne sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou encore d'offrir cet accès à l'ensemble des internautes alors que l'accès à l'œuvre en question est désormais limité à un public restreint.

Dès lors, faute de public nouveau, la fourniture de liens cliquables par un site internet vers des œuvres librement disponibles sur un autre site n'était en tant que telle pas constitutive d'un acte de communication au public et l'autorisation des journalistes ne s'imposait donc pas.

En affirmant de façon claire la nécessité d'un public nouveau lorsque la communication seconde se fait également sur Internet, cet arrêt vient dissiper les doutes suscités par la jurispru-

6 - CJUE, 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, point 43 ; CJUE, 13 février 2014, Nils Svensson, C-466/12, point 19.

7 - CJUE, 7 mars 2013, ITV Broadcasting, C-607/11.

8 - La cour d'appel de Paris (CA Paris, 25 mai 2001, n° 2001/03108, Cadremploi c/ Keljob) avait déjà tenté de justifier l'absence de contrefaçon aux droits d'auteur sur une base de données en soulignant qu'il ne pouvait y avoir extraction, alors que les liens en cause renvoyaient aux contenus offerts au public sur le site d'origine.

dence antérieure qui ne faisait pas apparaître ce principe de façon évidente⁹.

On peut néanmoins regretter que la Cour n'éclaircisse pas suffisamment la notion de « mesure de restriction », afin de nous offrir une liste exhaustive des exceptions au principe. Nous pensons par exemple aux accès payants visant un public restreint à l'image de certains périodiques qui assujettissent l'accès de certains de leurs articles digitaux à la souscription d'un abonnement payant en opposition aux accès gratuits qui offriraient à l'ensemble des internautes la possibilité de consulter l'œuvre en question.

C'est donc le critère du public nouveau qui est au cœur de l'analyse des juges et leur permet de justifier l'absence de nouvelle communication. En d'autres termes, c'est la capacité du titulaire du droit à assujettir son contenu à des conditions d'accès particulières qui lui permettra de maîtriser l'accès au contenu et ainsi sa communication au public.

II - En jugeant que la fourniture de liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifiée de « mise à disposition » et par extension d'« acte de communication », la Cour de justice de l'Union européenne écarte les hésitations de la jurisprudence française quant à la nature juridique des atteintes aux droits d'auteur par ces liens hypertextes.

Les juridictions françaises ont en effet pu par le passé juger que les liens hypertextes renvoyant vers des fichiers litigieux hébergés sur un site étranger étaient constitutifs d'actes de contrefaçon de droit d'auteur. Néanmoins, le fondement de la condamnation a pu varier, montrant une incertitude quant à la qualification de la contrefaçon de droits d'auteur par les liens hypertextes¹⁰.

9 - CJUE, 7 mars 2013, ITV Broadcasting, C-607/11.

10 - Ainsi, dans les années 2000, les tribunaux français ont pu décider que la mise à disposition de liens hypertextes renvoyant vers des sites de téléchargements illégaux constituait un acte de contrefaçon au sens d'une atteinte au droit de reproduction des œuvres et puni par les articles L. 335-2 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle (TGI Épinal, ch. correctionnelle, 24 octobre 2000, jurisdata n° 2000-126285 ; TGI Saint-Etienne, Ch. 3, 6 décembre 1999, Communication Commerce électronique, 2000, commentaire 76). La doctrine (« Hyperliens et droit d'exploitation », Philippe Gaudrat, Revue trimestrielle de droit commercial 2006, p. 104 ; Communication et créations intellectuelles n° XLVII, Xavier Daverat, Petites affiches, 8 juillet 2013 n°135, p.7) et la jurisprudence (CA Aix-en-Provence, 5^e ch. corr., 10 mars 2004, Alliel c/ Min. public, SEV et al. Communication Commerce électronique.

Par cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne se démarque de la conception adoptée par les tribunaux français selon laquelle pour retenir la contrefaçon du droit d'auteur il faut en amont analyser s'il y a eu atteinte au droit de reproduction ou de représentation. La Cour ne s'embarrasse pas d'un tel raisonnement juridique. N'y faisant d'ailleurs pas même allusion, elle exclut de façon claire l'exigence pour les tribunaux de vérifier l'existence d'une atteinte aux droits précités lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité des liens hypertextes permettant la communication sur Internet d'œuvres protégées, pour ne consacrer que le seul critère pertinent à son sens : la communication de l'œuvre protégée à un public nouveau.

La Cour refuse également de distinguer selon la nature du lien hypertexte, que celui-ci renvoie au contenu d'un site différent en laissant croire à l'internaute qu'il reste sur le site du lien hypertexte (*framing*) ou que celui-ci renvoie ouvertement vers un autre site (liens profonds). Les juges considèrent en effet que l'analyse développée « ne saurait être remise en cause si (...) 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. » La Cour ne fonde son raisonnement que sur la notion de mise à disposition d'une œuvre déjà publiée et librement accessible. Peu importe la forme de communication de l'œuvre au public, en l'absence de communication de l'œuvre librement accessible à un public nouveau, le fournisseur de l'hyperlien ne sera redevable d'aucun droit d'auteur.

La Cour semble vouloir ainsi mettre un terme à toute ambiguïté concernant la légitimité de la technique du « *framing* », pourtant sou-

septembre 2004, commentaire 103, Lamy Revue de droit de l'immatériel, janvier 2005, p. 21, obs. L. Costes) se sont ensuite attachées à l'acte lui-même du poseur de liens en considérant que l'auteur des seuls liens échappe à l'atteinte au droit de reproduction dans la mesure où la création d'un hyperlien ne fixe pas l'œuvre sur un nouveau support. Les magistrats se sont alors orientés vers l'atteinte, par les auteurs de liens hypertextes, au droit de représentation défini par l'article L. 122-2 du code la propriété intellectuelle comme « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque » (TGI Paris, 28 novembre 2013, RG n° 11/60013). En matière d'accès via des hyperliens à des contenus licites, les tribunaux ont opté pour une analyse différente, mais toujours fondée sur le droit de représentation (TGI Paris, 18 juin 2010, RG n° 10/03647 ; CA Paris, Pôle 5, 1^{er} ch., 27 avril 2011 ; Cass. civ. 1^{er}, 12 juillet 2012, n° 11-13.666, Sté Bac Films a. c/ Stés Google Inc Google France, Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle, Laure Marino, Gazette du Palais, 7 mars 2013 n° 66, p. 20).

vent critiquée. Ce raisonnement ne permet ainsi pas de juger l'aspect « concurrence déloyale et parasitaire » du *framing*, offrant la possibilité au référenceur de s'attribuer le contenu du site diffusant initialement l'œuvre. Qu'en serait-il par exemple d'un site constitué de liens hypertextes utilisant ainsi le contenu d'un site tiers à des fins lucratives (par exemple, *via* l'insertion de bannières publicitaires) ?

En résumé et en conclusion, la Cour de justice de l'Union européenne consacre un principe large de liberté des liens hypertextes permettant la communication des œuvres protégées librement accessibles sur l'Internet. La Cour n'accorde aucune incidence au fait que le public ait ou non l'impression que l'œuvre est affichée sur un site autre que celui de la diffusion initiale de l'œuvre. La Cour s'attache à la définition de l'acte de communication au public afin de caractériser ou non le délit de contrefaçon sans entrer dans le détail de l'atteinte au droit de représentation ou de reproduction de l'auteur sur son œuvre. On peut y voir là un régime favorable aux moteurs de recherches en particulier¹¹.

Par ce refus de consacrer un droit exclusif sur le lien cliquable, la Cour affirme la liberté de lier et tente d'établir un équilibre futur entre cette liberté et la protection des titulaires du droit d'auteur. Afin d'assurer un tel équilibre dans l'ensemble de la communauté européenne, la Cour, en réponse à la quatrième question préjudicielle posée, ajoute que les États membres ne sauraient restreindre cette liberté en élargissant, *via* des dispositions nationales, la notion de communication au public et les actes que celle-ci recouvre. Il est donc désormais admis au niveau communautaire que la seule apposition d'un lien hypertexte ne constitue pas en soi une contrefaçon lorsqu'il s'agit de renvoyer vers une œuvre de l'esprit mise en ligne de façon licite¹².

11 - « Vers une reconnaissance jurisprudentielle du moteur de recherche vertical », Henri Alterman et Fabrice Perbost, *RJC*, 55^e année, Mai/Juin 2011, numéro 3, p. 254.

12 - « Communication et créations intellectuelles » n° XLVII, Xavier Daverat, *Petites affiches*, 8 juillet 2013, n° 135, p. 7.