



La décision GS Média sur le lien hypertexte, un autre regard sous l'angle du droit de la communication

[jurisprudence] Que penser réellement de la décision GS Média ? Entre recherche d'équilibre et remise en cause des principes régissant le droit d'auteur, il existe peut-être une autre voie pour régir la situation des liens hypertexte en suivant le chemin du droit de la communication.

Le moins que l'on puisse dire est que la décision GS Média n'a pas rencontré son « public », ce qui est quelque peu paradoxal concernant une affaire sur laquelle la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait à se prononcer sur la notion de « communication au public » au sens de l'article 3§1 de la directive européenne sur le droit d'auteur de 2001¹.

Dans cette affaire, un site d'information – exploité par la société GS Média – avait proposé un article enrichi d'un lien hypertexte vers les photographies d'une célèbre présentatrice dénudée renvoyant vers un site australien qui avait publié les photos litigieuses sans l'accord du titulaire des droits. Mis en demeure par le titulaire des droits, le site source supprima la photo,

ce qui n'empêcha pas GS Média de continuer à pointer vers le même contenu mais hébergé cette fois-ci sur un site américain.

Le lien hypertexte : un acte de communication ?

La question posée à la CJUE était donc la suivante : le fait de placer sur un site internet un lien hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site internet, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue-t-il un acte de communication au public ?

L'enjeu est important. Si le lien hypertexte est qualifié de communication au public, tout renvoi vers un contenu protégé sans l'autorisation de l'auteur est considéré comme une contrefaçon.

A *contrario*, en l'absence de communication au public, le créateur de lien jouirait d'une liberté inconditionnelle pour renvoyer vers les contenus de son choix.

La CJUE avait donc l'opportunité de résoudre un conflit impliquant droit d'auteur et liberté d'expression sur Internet. Selon la CJUE, pour répondre à cette question, « *il convient de déterminer si ces liens sont fournis sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de ces œuvres sur cet autre site Internet ou si, au contraire, lesdits liens sont fournis dans un tel but, hypothèse dans laquelle cette connaissance doit être présumée* ».

En d'autres termes, soit le lien est créé sans intention lucrative et ne sera pas qualifié de communication au public, soit le créateur du lien a une intention lucrative et celui-ci sera qualifié de communication au public ; ce renvoi, lorsqu'il n'est pas autorisé par le titulaire de droits, sera assimilé à un acte de contrefaçon.

On le sent bien, dans cette réponse, la CJUE a souhaité trouver un équilibre entre les différents intérêts en cause. En effet, en passant la question juridique au spectre de la notion de « but lucratif », elle ne proclame pas un principe plein et entier de liberté de lier, conditionnant celle-ci à l'intention non lucrative du créateur de lien tout en laissant un espace de liberté dans la création d'un lien lorsqu'il ne peut être décelé chez le créateur une telle intention.

Néanmoins, force est de constater que cette recherche d'équilibre n'est pas sans occasionner de nombreuses incohérences. Une telle décision bouleverse jusqu'à la nature même du droit d'auteur. En effet, alors que l'action en dédommagement du titulaire d'un droit privatif est conditionnée par la seule démonstration de l'atteinte à ce droit, la CJUE semble ajouter une condition supplémentaire : la démonstration de l'intention lucrative. Il semble donc qu'il s'agisse plus d'une décision d'opportunité que d'une réelle réflexion juridique.

Il n'est besoin pour s'en convaincre que de parcourir les commentaires relatifs à cette décision qui fleurissent dans les revues juridiques et autres blog dédiés. Alors que certains tentent de trouver une cohérence en creusant la notion de reproduction intellectuelle² – par opposition à la reproduction matérielle –, d'autres tentent de proposer des solutions alternatives considérant que la résolution des problématiques juridiques relatives aux liens hypertextes doit passer par le contrat³.

En tout état de cause, malgré l'intérêt de ces commentaires, il faut avouer que l'on peine à concevoir en quoi un lien hypertexte serait un acte de communication au public au sens du droit d'auteur. En effet, la communication au public au sens du droit d'auteur peut être appréhendée comme ce qui permet au public d'activer la perception de l'œuvre, ce qui n'est aucunement le cas d'un lien hypertexte. Comme le souligne le Professeur Benabou, le lien hypertexte « *se contente de "motoriser" l'internaute vers sa destination* »⁴.

Une communication au public mais en ligne

Selon certains, la notion de communication ne serait pas opportune pour apprécier le régime de responsabilité du créateur d'un lien hypertexte⁵. En effet, selon cet auteur, tout serait communication⁶ et cette notion souffrirait de sa généralité. Dans une société de l'information en construction et en perpétuel développement, la remarque n'est pas dénuée d'intérêt mais nous paraît quelque peu radicale. La communication au public – malgré une généralité certaine dans le langage courant – répond à des qualifications juridiques polysémiques et précises.

À ce titre, il ne faut pas confondre communication au public au sens du droit d'auteur avec communication au public au sens du droit de la communication. Or, il nous semble que les critiques formulées à l'encontre de la CJUE sont le résultat de l'application de la notion de communication au public au sens du droit d'auteur et non au sens

du droit de la communication. Il semble que l'acception retenue par le droit de la communication puisse permettre d'aboutir aux mêmes équilibres sans tordre les concepts du droit d'auteur. Dans cette optique, le choix initial du créateur de lien est déterminant quant à la responsabilité qui pourrait lui être appliquée. Souhaite-t-il indiquer un contenu à l'ensemble des internautes ou seulement à certaines personnes déterminées et individualisées⁷ ?

Dans le second cas, l'acte doit être qualifié de « correspondance privée » soumise au respect de la législation sur le secret des correspondances. Dans le premier cas, il convient de vérifier à quel pan du droit de la communication publique le lien hypertexte correspond.

On sait depuis les lois de 2004⁸ que les communications au public au sens du droit de la communication (et non du droit d'auteur) sont dénommées « communications au public par voie électronique ». Cette catégorie se subdivise entre communications audiovisuelles, d'une part, et communications au public en ligne, d'autre part. // // //

1. Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

2. Vincent Varet. « Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile », *Légipresse*, novembre 2016, n° 343

3. Emmanuel Cauvin. « Vers l'ubérisation du droit d'auteur ». *Etherciel*, 23 novembre 2016 <http://etherciel.over-blog.com/2016/11/vers-l-uberisation-du-droit-d-auteur.html>

4. <https://vlbenabou.wordpress.com/2016/10/15/gs-mediaaaaaargh>

5. Emmanuel Cauvin, *ibid.*

6. « *Une connexion est déjà en elle-même une communication* ».

7. Voir définition de la correspondance privée : circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi du 30 septembre 1986

8. Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

La CJUE a souhaité trouver un équilibre entre les différents intérêts en cause.

//// Sans entrer dans les détails, il est possible d'affirmer sans craindre de contestation que le lien hypertexte est bien une communication au public mais une communication au public « en ligne », ce qui recouvre une réalité différente de la notion de communication au public au sens du droit d'auteur. Or, qui dit communication au public en ligne dit également activités spécifiques susceptibles de bénéficier d'un régime de responsabilité particulier dont l'une d'elles nous semble particulièrement adaptée aux liens hypertextes.

Un accès à un service de communication au public en ligne

La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) liste trois activités susceptibles de bénéficier, à certaines conditions, d'un régime dérogatoire au droit commun. Or, l'une d'elles nous semble particulièrement adaptée pour couvrir la responsabilité des créateurs de liens hypertextes. En effet, l'article 6-I-1 de la LCEN envisage l'activité consistant à fournir un « accès à un service de communication au public en ligne ». Cette disposition est généralement appliquée aux fournisseurs d'accès tels Free, Orange etc.

Mais, à bien y regarder, cette qualification est certainement plus large dès lors que l'on en définit les termes. En effet, la communication au public en ligne est définie par la LCEN comme « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée »⁹.

Concrètement, cette activité consiste à ouvrir une porte à un internaute – offrir un accès – afin qu'il accède à un autre service de communication au public en ligne. Cette prestation est, en quelque sorte, un pont destiné à orienter

le public vers des contenus édités par un tiers. En d'autres termes, dans une acception large, offrir un accès à un service de communication au public en ligne consiste ni plus ni moins qu'à fournir un accès à un autre site internet. Or, que fait le créateur d'un hyperlien si ce n'est, *via* cette technique, permettre l'accès vers un autre site internet ? C'est pourquoi nous nous proposons de vérifier si l'application de ce régime permettrait d'aboutir à l'équilibre souhaité par la CJUE tout en évitant de tordre la notion de communication au public au sens du droit d'auteur en l'assortissant de la notion d'intention lucrative.

Le régime de responsabilité du créateur de lien ou la découverte d'un équilibre

Selon l'article 9 de la LCEN, le fournisseur d'accès à un service de communication au public en ligne n'est pas responsable des contenus vers lesquels il dirige dès lors que trois conditions cumulatives sont remplies. *A contrario*, que l'une de ces conditions manque et le créateur de lien sera responsable en application du droit commun. Ces trois conditions sont les suivantes :

- ne pas être à l'origine de la transmission litigieuse ;
- ne pas avoir modifié ou sélectionné le contenu ;
- ne pas avoir sélectionné le destinataire du service.

Appliqué à l'affaire GS média, l'une de ces conditions manque sans aucun doute à l'appel. En effet, lorsque le lien est créé manuellement¹⁰, il faut considérer que le créateur a nécessairement sélectionné le contenu. Dès lors, il ne peut bénéficier du régime de responsabilité avantageux prévu par l'article 9 de la LCEN et peut être sanctionné si la création dudit lien révèle un comportement inapproprié. En d'autres termes, dans l'affaire GS Média, une telle grille de lecture aurait également permis d'aboutir à l'équilibre souhaité par

la CJUE sans passer par la notion de communication au public au sens de la directive 2001/29/CE.

En effet, même si le lien ne peut être à notre sens analysé comme un acte de communication au public au sens du droit d'auteur et donc comme le socle d'un acte de contrefaçon, cela ne signifie pas pour autant que les titulaires de droits sont démunis et ne peuvent obtenir une indemnisation.

L'action en contrefaçon exclue – faute de communication au public au sens du droit d'auteur –, les ayants droit ont néanmoins tout le loisir de prouver un fait distinct et de réparer leur préjudice sur le fondement de la concurrence déloyale ou du parasitisme, par exemple. Il conviendra dès lors de démontrer une faute, ce qui revient peu ou prou à prendre en compte l'intention lucrative mise en exergue par la CJUE dans cette espèce. En outre, une telle grille de lecture permet également de pallier le caractère restrictif de cette décision qui ne s'applique qu'à la relation entre lien hypertexte et droit de propriété littéraire et artistique.

Alors qu'on peine à imaginer comment transposer la décision GS Média à un lien renvoyant vers une infraction de presse, par exemple, le passage par la LCEN permet de s'inscrire dans une généralité et de faire émerger un régime des créateurs de liens hypertextes, ces derniers étant source de nombreuses controverses depuis de trop nombreuses années. ■

> Ronan Hardouin

Docteur en droit et avocat au barreau de Paris au sein du cabinet Ulys
Chargé d'enseignement à l'université de Versailles-St Quentin et de Paris I-Sorbonne
Rédacteur en chef de *Juriscom.net*
ronan.hardouin@ulyes.com

9. Article 1 LCEN

10. La problématique serait différente si le lien était créé automatiquement comme dans le modèle d'affaire des moteurs de recherche.