



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master de Droit de la propriété littéraire, artistique et
industrielle**

Dirigé par M. le Professeur Pierre-Yves Gautier

2017

***La cohérence de la jurisprudence de la
Cour de justice de L'union européenne.
Étude à partir de l'exemple des liens
hypertextes***

Kevin Messang-Blansché

Sous la direction de M. le Professeur Pierre-Yves Gautier



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Master 2 Propriété littéraire, artistique et industrielle

*La cohérence de la jurisprudence de la Cour de justice de
l'Union européenne
Étude à partir de l'exemple des liens hypertextes*

Mémoire de Master 2 présenté et soutenu par :

Kevin Messang-Blansché

Sous la direction de

Pierre-Yves Gautier, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon - Assas

Année Universitaire 2016-2017

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Remerciements :

Je tiens à remercier *Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier* de m'avoir aiguillé vers ce sujet passionnant, pour sa direction et ses précieux conseils dans la préparation et la rédaction de ce mémoire.

Je tiens encore à remercier *Maitre Alice Pezard*, avocate au Barreau de Paris et Conseillère honoraire à la Cour de cassation ainsi que *Monsieur Alain Girardet*, Conseiller à la Première Chambre civile de la Cour de cassation pour avoir accepté de me rencontrer pour la préparation de mon mémoire et pour les réponses et conseils qu'ils ont pu m'apporter.

Je tiens enfin à remercier *Sarah*, pour son soutien, ses conseils et sa relecture.

Sommaire :

Introduction	1
Partie I. L'interprétation des normes par la Cour de justice de l'Union européenne	I-4
Chapitre I. La méthodologie de la Cour de justice de l'Union européenne.....	I-4
Section 1. L'interprétation générale du droit de l'Union.....	I-4
Section 2. L'interprétation de la notion de communication au public	I-7
Chapitre II. La qualification de l'hyperlien selon la Cour de justice de l'Union européenne	I-10
Section 1. L'hyperlien vers une œuvre licitement disponible sur internet	I-10
Section 2. L'hyperlien vers une œuvre illicitement disponible sur internet	I-13
Partie II. Les vices de la méthode de la Cour de justice de l'Union européenne.....	II-17
Chapitre I. L'incohérence des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne	II-17
Section 1. Les écueils de la méthode de la Cour de justice	II-17
Section 2. La dénaturation des concepts	II-21
Chapitre II. Les remèdes à ces incohérences.....	II-24
Section 1. La complicité ou la fourniture de moyens	II-24
Section 2. L'évolution et l'avenir de la question de l'hyperlien.....	II-27
Conclusion.....	31
Bibliographie.....	32

Introduction

1. L'interprétation, c'est le moyen qui permet à l'interprète de « *découvrir et rapprocher de la vie concrète, tant les conditions, impliquées par le texte, que la solution que celui-ci y attache*¹. » Ce travail est l'office du juge, à travers sa jurisprudence, force créatrice du droit incontestable, surtout lorsque celle-ci émane de la Cour de justice de l'Union européenne. C'est notamment avec l'émergence d'internet que les juges ont eu à découvrir ces solutions impliquées par les textes du droit européen du droit d'auteur.
2. Internet est un réseau : le réseau des réseaux. Son fonctionnement implique nécessairement que soient liées entre elles toutes les informations qui s'y trouvent, pour permettre une circulation optimale sur cette « toile d'araignée mondiale » (*world wide web*). Cette interconnexion des contenus se matérialise via des liens hypertextes (ou hyperliens). Ce concept ayant été développé en 1965 par le sociologue américain Ted Nelson (1937-), théoricien de l'histoire des technologies de l'information, dans le cadre du projet Xanadu². Aujourd'hui, l'hyperlien s'est largement démocratisé sur le *World Wide Web* (« *www* »), à travers les protocoles de transfert hypertextes (plus connu sous l'acronyme « *HTTP* »). Fondamental à l'architecture d'internet, l'hyperlien est un ensemble de caractère qui, lorsque l'utilisateur les activera par un clic, le redirigera automatiquement vers la page correspondante, sans que celui-ci ait besoin de saisir l'URL de cette page. Ils permettent donc une navigation rapide entre les contenus, les sites internet³. Dans ses objectifs, il se rapproche de l'index d'un ouvrage ou de la note de bas de page. En effet, il permet à son utilisateur de briser la linéarité d'une lecture en accédant rapidement à la partie qui l'intéresse, d'une page web ou d'un ouvrage. C'est d'ailleurs avec la même idée en tête que Diderot et D'Alembert ont mis en place les renvois dans leur Encyclopédie⁴.
3. Il existe différents types d'hyperliens, qui peuvent permettre la navigation à l'intérieur d'un même site ou diriger l'utilisateur vers un site tiers. Le lien simple renvoie à la page d'accueil de site visé. Le lien profond (*deep link*), plus courant, permet d'accéder à une page précise du site, une page secondaire, dans les profondeurs du site, d'où son nom. Un troisième type de lien est le lien permettant une transclusion (*framing*), c'est-à-dire l'incorporation de la page

¹. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, L.G.D.J., 2^e éd., 1919, p. 254.

². J.-P. Balpe, *Hypertexte et littérature*, in, Les objets hypertextuels, Londres, ISTE Éditions, 2015, p. 99 et s.

³. L. Grymbaum, C. Le Goffic et L. Mortel-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Précis Dalloz, 2014, § 451.

⁴. L. Le Rond d'Alembert, *Discours préliminaire à l'Encyclopédie*, 1751, p. XVIII.

destination du lien directement sur la page qui l'héberge. L'évolution d'internet multiplie de plus en plus ce genre de lien auparavant trop lourd à charger, notamment pour partager des vidéogrammes, des images ou des articles de presse qui vont offrir un aperçu du contenu.

4. L'hyperlien peut soulever plusieurs problèmes sur le plan juridique, notamment au regard du contenu vers lequel il renvoie. Il peut par exemple diriger l'utilisateur vers du contenu illicite, tel que des images pédopornographiques, des sites internet promouvant une idéologie négationniste ou attisant une haine raciale, voir favorisant trafics en tout genre. Mais ils pourront encore — et c'est ce qui nous intéressera dans ce mémoire — diriger l'utilisateur vers une œuvre protégée par des droits de propriété intellectuelle, plus particulièrement un droit de propriété littéraire ou artistique.
5. On a notamment opposé à l'hyperlien le droit de communication au public accordé aux titulaires de droits et issu de l'article 3§1 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001, visant à harmoniser le droit d'auteur dans la *société de l'information* (internet)⁵. Le droit de communication au public est à rapprocher du droit de représentation connu en droit français et prévu à l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle. Le droit de communication au public 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* ». On parle bien là de la *représentation* de l'œuvre à un public, la *porter à sa connaissance par son exécution*, vivante ou mécanique⁶. Cette notion de communication au public a fait l'objet d'un important travail d'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne à travers le mécanisme du renvoi préjudiciel, depuis l'arrêt *Rafael Hoteles* ayant posé les premiers jalons de construction de la notion⁷. Peu à peu, la Cour de justice a développé une série de critères, plus ou moins fondés sur la lettre du texte qui lui a permis de dessiner les contours de la notion de communication au public. Elle a, par exemple, dégagé le critère du « public nouveau », du « moyen technique différent », celui du « caractère lucratif », de la « connaissance », etc.
6. Le droit de communication au public de l'auteur a été mobilisé par la Cour de justice pour appréhender l'hyperlien qui pointe vers une œuvre protégée par le droit d'auteur. Elle a proposé ses solutions dans les arrêts *Svensson* du 13 février 2004 et *GS-Media* du 8 septembre 2016.

⁵. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁶. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017 §303.

⁷. CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, aff. C-306/05, *PI*, 2007. 87, obs. A. Lucas.

7. Dans l'arrêt *Svensson*, la Cour de justice, saisie par une juridiction suédoise, a eu à se prononcer sur le point de savoir si des hyperliens renvoyant vers des articles de presse publiés avec le consentement du titulaire des droits et laissés en accès libre sur le site d'un quotidien suédois pouvaient être qualifiés d'*acte de communication au public*⁸. Avec l'ordonnance *Best Water* de 2014, on retrouve la même configuration, mais cette fois avec des liens permettant un transclusion du contenu⁹. Enfin, dans l'arrêt *GS-Media*, la Cour de justice, saisie sur question préjudicielle du juge néerlandais, a eu à s'intéresser à la qualification de l'hyperlien renvoyant vers une œuvre placée illicitement sur internet, sans le consentement du titulaire du droit¹⁰. Il s'agissait en réalité de photo de nu d'une présentatrice néerlandaise, prise en vue d'être diffusée dans le magazine *Playboy*. Un site « people » avait placé sur une page et à plusieurs reprises des hyperliens qui permettaient à ses lecteurs d'accéder à ces photos avant même leur publication officielle dans la revue de charme et sans l'autorisation du titulaire des droits.
8. C'est à travers l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne qu'a été permis le développement de la notion de communication au public, consacrant — pour ceux qui en doutaient encore — la place de la jurisprudence comme source indéniable du droit. Cette place, renforcée par la position hiérarchique du droit de l'Union européenne dans la pyramide des normes, lui confère un pouvoir créateur du droit. Cette position lui impose un certain nombre de devoirs, notamment d'assurer une cohérence dans l'interprétation de la norme, avec ses propres précédents, mais encore avec les textes d'une autorité supérieure à la sienne et auxquels elle doit se conformer. La jurisprudence s'inscrit dans un tout plus grand, avec lequel elle doit s'articuler pour éviter tout risque pour la sécurité juridique et la prévisibilité.
9. C'est là toute la problématique du travail de la Cour de justice, la puissance et l'autorité de ses arrêts lui imposent un raisonnement encore plus attentif à cette exigence de cohérence et de prévisibilité. Pour assurer cette cohérence, la Cour de justice a développé un certain nombre de techniques d'interprétation qu'elle appliquera aux faits qui lui sont soumis dans le cadre de renvoi préjudiciel afin de parvenir à une interprétation de la norme utile à la juridiction à l'origine du renvoi (Partie I.). Mais ces méthodes ne parviendront pas nécessairement à satisfaire à ces exigences, et cela, inhérents aux vices de celles-ci (Partie II.).

⁸. CJUE, 13 févr. 2014, *Svensson*, aff. C-466/12, *RTD Com.* 2014. 600, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁹. CJUE, ord., 21 oct. 2014, *Best Water*, aff. C-348/13, *Com., com., élec.* 2014. 92., commentaire C. Caron.

¹⁰. CJUE, 8 sept. 2016, *GS-Media*, aff. C-160/15, *JCP G*, 2016. 1222, obs L. Marino.

Partie I. L'interprétation des normes par la Cour de justice de l'Union européenne

10. Avant de développer les solutions retenues par la Cour de justice pour qualifier l'hyperlien en droit d'auteur (Chapitre 2), il convient naturellement d'expliciter la méthodologie de la Cour de justice dans l'élaboration de sa jurisprudence (Chapitre 1).

Chapitre I. La méthodologie de la Cour de justice de l'Union européenne

11. Pour comprendre la méthodologie de la Cour de justice dans l'élaboration de sa jurisprudence, il convient tout d'abord de s'intéresser à sa méthode générale, *in abstracto* (Section 1), avant de détailler son raisonnement propre à la notion de communication au public (Section 2).

Section 1. L'interprétation générale du droit de l'Union

12. La Cour de justice de l'Union européenne a un rôle déterminant dans l'interprétation du droit de l'Union européenne. Au terme de l'article 267 du traité de fonctionnement sur l'Union européenne (TFUE), c'est elle qui « *est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : [...] b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union* ». Ce renvoi préjudiciel a pour fonction essentielle l'unité d'application du droit de l'Union : à travers ses arrêts, elle permet à ce que toutes les juridictions nationales des États membres aient une compréhension commune des règlements et directives édictées par le législateur européen, qu'elles soient « *appliquées dans toute l'Union avec la même portée* »¹¹. C'est une finalité d'harmonisation sur tout le territoire de l'Union des normes communautaire qui commande l'action de la Cour de justice.
13. La Cour de justice doit nécessairement être saisie par une juridiction nationale dans le cadre d'un contentieux, dès lors qu'il existe une question quant au sens à donner à une norme de l'Union européenne. Lorsque la question se pose devant une juridiction dont la décision est insusceptible d'un recours juridictionnel, celle-ci a l'obligation de renvoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue sur l'interprétation de la norme¹².

¹¹. C. Blumann et L. Dubois, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e éd., 2016, §992.

¹². TFUE, art. 267, b), al. 3.

14. C'est vis-à-vis de la question posée par la juridiction nationale et du contexte de l'affaire que la Cour devra statuer sur l'interprétation de la norme en cause, dans le cadre de ce qui constitue un incident de procédure. Pourtant, la Cour s'octroie en réalité une large liberté dans la reformulation des questions qui lui sont posées, corrigeant si nécessaire les termes, ajoutant des normes à interpréter, modifiant l'ordre des questions¹³. Le but de la Cour est de fournir une réponse utile au juge national, qui lui permettra une application correcte de la règle de l'Union¹⁴.
15. L'interprétation que la Cour dégagera dans sa décision s'imposera naturellement au juge auteur du renvoi¹⁵. Celui-ci devra appliquer au litige la solution dégagée par la Cour ou, au contraire, écarter l'application de la norme si, à la lumière de la décision de la Cour, celle-ci est inapplicable. Pour les autres juridictions, la solution ne peut s'appliquer directement, puisque celle-ci est liée au litige principal. Toutefois, la Cour de justice considère que ses arrêts disposent de *l'autorité de la chose interprétée*¹⁶. Ainsi, une autre juridiction ne pourrait rendre une décision contraire à la position de la Cour de justice, cela conduirait à une violation du droit de l'Union européenne — dont la jurisprudence fait partie — qui, on le sait, prime sur le droit national¹⁷. Néanmoins, il sera loisible à toute juridiction de poser une question en interprétation du même texte à la Cour de justice, dès lors que, pour un litige appelant l'application du même texte, les circonstances de fait qui lui sont présentées sont sensiblement différentes, de sorte qu'une solution différente est envisageable.
16. Pour dégager le sens de la norme qui lui est soumise, le juge de l'Union européenne recourt à plusieurs techniques d'interprétation, qu'il combine à son gré¹⁸. La première d'entre elles, la *méthode textuelle*, consiste en la recherche, à partir de la grammaire, la syntaxe et le lexique, de la comparaison des différentes versions linguistiques, du contexte, de la signification du texte. Peu propice à la création jurisprudentielle, elle offre toutefois un outillage objectif d'explicitation de la norme : « *le texte s'éclaire dans le contexte* »¹⁹. Une deuxième méthode est celle consistant à se référer à *l'intention des auteurs du texte*, ou tout du moins, l'intention supposée des auteurs du texte. Pour découvrir cette *ratio legis*, on va rechercher dans un éventuel exposé des motifs, dans des travaux préparatoires, dans l'intitulé de la directive et des

¹³. J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^e éd., 2010, §683.

¹⁴. C. Blumann et L. Dubois, *op. cit.*, §1015.

¹⁵. CJCE, 3 fév. 1977, *Benedetti*, aff. 52/76, *Rec.*, p. 163.

¹⁶. CJCE, 6 mars 2003, *Kaba*, aff. C-466/00, *Rec. CJCE 2003, I, p. 2219*.

¹⁷. P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 6^e éd., 2016.

¹⁸. J. Rideau, *op. cit.*, §118.

¹⁹. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §460.

parties de celles-ci. Dans cette optique, la Cour de justice a quasi systématiquement recours aux nombreux considérants énoncés avant les normes européennes.

17. L'exégèse du texte européen peut encore se réaliser via la méthode *téléologique* (ou fonctionnelle), qui est notamment couplée avec la technique de l'interprétation évolutive. C'est d'ailleurs une des principales sources d'interprétation qu'utilise la Cour de justice dans son appréciation de la notion de communication au public²⁰. Celle-ci consiste à rechercher l'objectif que poursuit le texte, sa finalité, afin de lui donner un effet utile²¹. Cette démarche donne lieu, notamment, à une interprétation évolutive de la matière, mais permet surtout à la Cour de justice de poursuivre les évolutions politiques, économiques et sociales qu'elle entend mener²². Cette méthode extensive d'interprétation permet aux normes d'obtenir une pleine efficacité et d'étendre de façon considérable le champ d'application du droit de l'Union européenne²³.
18. Au-delà des méthodes d'exégèse que retient la Cour de justice, la jurisprudence européenne se construit à travers des « blocs de jurisprudence »²⁴. La Cour a une tendance à ne pas recourir à de « grands arrêts » — comme le fait classiquement la Cour de cassation — pour définir sa position sur le sens à donner à une disposition. Elle préfère procéder par une série d'arrêts, qui vont se compléter les uns après les autres, affiner la solution, voir se contredire les uns des autres. Cette fragmentation oblige le lecteur qui souhaite comprendre l'interprétation à toujours considérer la décision de la Cour de justice à la lumière de ces solutions antérieures.
19. Cette méthode d'élaboration de la jurisprudence s'apparente au système de *case law* anglo-saxon, un mode de raisonnement fondé sur les précédents et importé dans le droit de l'Union européenne. Elle permet de donner à l'ensemble une apparence de constance et donc une légitimité, quand bien même la Cour se contredirait. En réalité, on constate qu'elle interprète et réinterprète ses solutions au fil de la construction de sa chaîne jurisprudentielle. Cette élaboration de la jurisprudence s'inscrit aussi dans la prolongation de la méthode évolutive : la jurisprudence est construite et reconstruite afin de s'adapter la norme aux nouvelles problématiques. Cette construction évolutive, dans certains cas, peut prendre la forme de revirements progressifs, des revirements doux, qui sont toutefois source d'une forte incertitude.

²⁰. v. par ex. : CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, préc., p. 36,

²¹. J. Rideau, *op. cit.*, §126.

²². J. Rideau, *op. cit.*, §118.

²³. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §461.

²⁴. B. Bertrand, *Les blocs de jurisprudence*, *RTD Eur.* 2012. 741.

20. Pour reprendre les mots du Professeur Bertrand au sujet des blocs de jurisprudence : « *On en vient à se demander, s'agissant de la Cour de justice, si cette méthode ne sert à masquer une jurisprudence devenue impressionniste : la Cour ne semble désormais fonctionner que par petites touches successives, qui sont parfois autant de retouches qui ne disent pas leur nom.*²⁵ » Ces méthodes sont massivement utilisées pour l'interprétation du droit d'auteur européen, notamment dans la riche interprétation de la notion de communication au public issue de la directive 2001/29 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Section 2. L'interprétation de la notion de communication au public

21. La Cour de justice de l'Union européenne s'est saisie depuis longtemps de la question de l'interprétation de la notion de communication au public issu de la directive DADVSI de 2001. Ce concept n'étant pas défini par la directive de 2001, la Cour de justice s'est saisie de ce vide pour apporter la sienne. L'élaboration de cette jurisprudence s'est faite à travers une multitude d'arrêts portant sur les différents aspects que peut prendre une notion aussi floue et potentiellement protéiforme qu'est la communication au public. Une permanence se retrouve toutefois dans la création de ce bloc de jurisprudence : l'autorité de la méthode finaliste du droit européen. Cette technique « gouverne la démarche interprétative »²⁶. C'est dans cette vision que la Cour de justice répète à l'envi les objectifs que poursuit la directive de 2001, afin de justifier son interprétation finaliste, notamment à l'appui des considérants énoncés par cette dernière.

22. La recherche de la finalité de la norme pousse le juge européen à forger des notions autonomes du droit de l'Union européenne. C'est d'ailleurs cette voie qu'il a empruntée pour ériger la notion communication au public en notion autonome, très tôt dans sa jurisprudence²⁷. Cette autonomie conduit à ce que certains concepts, pourtant d'origine nationale, sont « naturalisés communautaires ». Cela permet à la Cour de justice de donner le sens qu'elle entend à n'importe quelle notion afin de garantir leur application uniforme sur tout le territoire de l'Union européenne²⁸.

²⁵. B. Bertrand, *Les blocs de jurisprudence*, RTD Eur. 2012. 741.

²⁶. C. Zolynski, *Méthodes de transposition des directives communautaires. Études à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, §88.

²⁷. CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, préc., p. 31.

²⁸. C. Zolynski, *L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice en droit de la propriété littéraire et artistique*, in, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 819.

23. Par ailleurs, l'interprétation du droit d'auteur par la Cour de justice se conforme à l'exigence classique d'interprétation *in favorem auctoris*, une interprétation large notamment pour déterminer l'étendue des droits. À l'inverse, la jurisprudence de la Cour se doit d'être stricte lorsqu'il s'agit des exceptions. Elle s'appuie principalement sur les considérants figurant en tête de la directive. La notion de communication au public doit « s'entendre au sens large » (cons. 23) ; les actes de reproduction doivent recevoir une « définition large » (cons. 21). On constate là encore la force des considérants dans l'interprétation de la directive par la Cour de justice.
24. La Cour de justice doit en outre lire et comprendre le droit d'auteur de l'Union conformément à l'immense acquis en ce domaine, notamment les instruments internationaux auxquels l'Union ou ses États membres ont adhéré. La Cour s'y réfère souvent pour justifier ses solutions ou tout du moins trouver une assise à l'interprétation qu'elle pourra donner à une notion dans un certain contexte, sans pour autant tirer les conséquences qui devraient s'imposer (v. *infra*, n^{os} 59 et 60). La Convention de Berne du 9 septembre 1886, notamment, est régulièrement convoquée pour éclairer la Cour afin d'élaborer sa jurisprudence, de même que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 ou encore l'accord ADPIC du 15 avril 1994. Cette exigence de conformité au droit international public est nécessaire compte tenu de la place des normes de l'Union et des traités internationaux dans la hiérarchie des États membres. Par ailleurs, la Cour de justice affirme que « les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international »²⁹. Cette exigence de conformité est encore plus forte lorsque l'Union européenne a adhéré à l'instrument international en question. C'est par exemple le cas du Traité de l'OMPI de 1996 que le Conseil de l'Union européenne a approuvé le 16 mars 2000 et, partant, intégré dans l'ordre juridique de l'Union, qui a servi à justifier l'interprétation dans l'arrêt *Svensson* de la CJUE du 14 février 2014.
25. Au fil de la notion de communication au public, la Cour de justice a forgé une série de critères qui vont permettre de qualifier une situation de communication au public. Il s'agit par exemple du critère du public nouveau ou du critère du but lucratif^{30,31}. Il n'existe toutefois pas de hiérarchie entre tous ces critères, la Cour l'a affirmé solennellement dans son arrêt *Reha Training*, rendu en Grande chambre le 31 mai 2016. Elle consacre, après un rappel de toutes les conditions qu'elle avait dégagées jusque-là, que : « pour apprécier l'existence d'une

²⁹. CJCE, 24 nov. 1992, *Poulsen*, aff. C-288/90 : *Rec. CJCE* 1992, I, p. 6052.

³⁰. CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, préc.

³¹. CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, affs. C-403/08 et C-429/08, p. 204, *PI*. 2012. 51, obs. V.-L. Benabou.

*communication au public, il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres. Ces critères pouvant, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable, il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres.*³² »

Cette absconse formule permet à la Cour de justice d'apprécier la notion de communication au public de manière variable, selon le contexte et les finalités politiques, économiques ou sociales qu'elle poursuit. Tantôt retenant certains critères, tantôt les rejetant. Tout cela participant bien sûr à la volonté de donner une apparence de continuité au bloc de jurisprudence de la communication au public.

26. Enfin, la Cour de justice, conformément à un mouvement largement suivi par les juridictions et sur l'impulsion de la Cour européenne des Droits de l'Homme, tend de plus en plus à inscrire ses raisonnements dans une logique de « balance des intérêts ». Le juge européen va rechercher un équilibre entre le droit d'auteur – plus largement le droit de propriété, consacré comme droit fondamental par la plupart des textes nationaux et internationaux (v. notamment, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, art. 17) — et l'exclusivité qui l'accompagne et d'autres droits fondamentaux. Le droit d'auteur peut s'opposer à la liberté d'expression comme c'est le cas dans la jurisprudence relative aux hyperliens ou encore à la liberté d'entreprendre comme dans la décision *Scarlet* du 24 novembre 2011³³. Cette mise en balance pourra permettre, le cas échéant, à un supposé contrefacteur d'échapper à toute condamnation, dès lors qu'une telle sanction entraînerait une restriction « injuste » à la liberté en cause. C'est à ce titre que la Cour de justice a justifié de nombreux remodelages des concepts du droit d'auteur, dont celui de communication au public, les limitant le plus souvent, mais toujours en justifiant une proportionnalité dans sa décision, sous couvert d'une « balance des intérêts ».

27. En somme, la Cour de justice doit faire face aux carences de la directive, qui n'est pas assez claire, car fruit de négociations internationales qui ne permettent pas toujours de poser une solution idéale sur des questions aussi complexes que le droit d'auteur, pour reprendre les termes du Professeur Bénabou, la Cour souhaite « *prendre la place d'un législateur chétif pour combler les manques issus de l'harmonisation*³⁴. » L'hyperlien s'est lui aussi confronté à cette méthode dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci

³². CJUE, Gr. Ch., 31 mai 2016, *Reha Traing*, aff. C-117/15, p. 35, *PI* 2016. 433., obs J.-M. Bruguière.

³³. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extend c. Sabam*, aff. C-70/10, *PI*, 2012. 436, obs. V.-L. Benabou.

³⁴. Valérie-Laure Bénabou, *Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes*, *PI* 2012, n° 43, p. 152.

s'est illustrée dans deux affaires : l'arrêt *Svensson* de 2014 et l'arrêt *GS-Media* de 2016, qui a déterminé si oui ou non, la mise à disposition d'un hyperlien vers une œuvre protégée constitue ou non une communication au public.

Chapitre II. La qualification de l'hyperlien selon la Cour de justice de l'Union européenne

28. Dans sa jurisprudence sur le droit d'auteur, la Cour de justice a eu à définir si l'hyperlien constituait ou non une communication au public. Deux cas se sont présentés à elle, celui de l'hyperlien renvoyant vers une œuvre licitement disponible sur internet (Section 1) et celui de l'œuvre illicitement disponible sur internet (Section 2).

Section 1. L'hyperlien vers une œuvre licitement disponible sur internet

29. C'est l'arrêt *Svensson*, du 13 février 2014, suivi de l'ordonnance *Best Water* du 21 octobre de la même année, qui ont posé les jalons de la qualification de l'hyperlien lorsque celui-ci pointe vers une œuvre disponible licitement sur internet. Ces deux décisions considèrent que la fourniture d'un hyperlien ne constitue pas une communication au public (en tout cas vers un article librement disponible sur internet, comme c'est le cas dans *Svensson*) au terme de l'article 3§1 de la directive DADVSI de 2001. Dans le cadre de *Best Water*, la transclusion (« *framing* » en anglais : un lien profond qui permet d'incruster l'œuvre au bout du lien sur la page où est placé ledit lien) ne constitue pas plus une communication au public.

30. La qualification de communication au public peut se fonder sur deux critères. Dans un premier cas, elle doit résulter d'un *procédé technique différent* de celui utilisé par la communication primaire. S'il y a une identité des moyens techniques utilisés pour procéder à l'acte de communication, la Cour retient qu'il n'y a de communication au public que si cette communication secondaire est dirigée vers un *public nouveau* de celui initialement visé par le titulaire des droits à l'origine de la première communication³⁵. C'est deux critères sont alternatifs.

³⁵. CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, préc., p. 40 et 42.

- 31.** Dans la décision *Svensson*, le juge communautaire a considéré que la création d'un hyperlien vers une œuvre librement disponible et placée licitement sur internet ne recourait pas à un moyen technique différent de la communication initiale. Pour la Cour de justice, le fait de fournir un hyperlien vers une œuvre protégée constitue une « mise à disposition », permettant bien la qualification « d'acte de communication », au sens de l'article 3§1³⁶. Toutefois, elle a considéré – sans spécialement le justifier – qu'il y avait une identité des modes techniques de communication, de sorte à rendre sans intérêt ce premier critère dégagé. Selon la Cour donc, n'importe quel acte sur internet renvoie au même mode technique.
- 32.** La Cour de justice, constatant une identité de moyen technique de communication, recherche si la communication s'adresse à un public nouveau et constate que ce critère n'est pas non plus vérifié. En effet, selon elle, la communication secondaire n'est pas dirigée vers un public nouveau. Elle rappelle à ce sujet la définition du public nouveau telle qu'elle l'a proposée dans l'arrêt *Rafael Hoteles* de 2006 : il y a public nouveau lorsque la communication secondaire est adressée « à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public³⁷. » Dans le raisonnement de la Cour de justice, puisque le titulaire des droits, auteur de la communication primaire, a mis en ligne en accès libre l'œuvre (en l'espèce, un article de presse), celui-ci est présumé avoir visé, en tant que public, l'ensemble des utilisateurs d'internet. En d'autres termes, plus triviaux : potentiellement la planète entière, car, même si toute la planète n'accèdera pas aux œuvres, la seule potentialité qu'ils puissent être atteint par l'œuvre suffit à constituer un public. La jurisprudence de la Cour de justice retient cette solution depuis le début de son interprétation de la notion de communication au public³⁸.
- 33.** Ainsi, puisqu'il n'y a pas d'acte de communication par un moyen technique différent de la communication première et que l'acte de communication en cause touche un public identique à celui initialement visé, la Cour conclut qu'il n'y a pas de communication au public. Dès lors, lorsqu'un utilisateur souhaite créer un lien vers une œuvre librement accessible sur internet, ce dernier n'a pas à recueillir le consentement du titulaire des droits. Cette solution consacre une sorte « d'épuisement » du droit de communication au public, en tout cas en ligne, ce qui est contraire à la lettre de la directive (v. *infra*. n° 60).

³⁶. CJUE, 13 fév. 2014, *Svensson*, préc., p. 20.

³⁷. *Idem.*, p. 24.

³⁸. CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, préc., p. 37.

- 34.** La Cour tire aussi une seconde conséquence qui découle naturellement de son interprétation, dans le cas où l'œuvre est placée sur internet avec le consentement du titulaire des droits, mais que son accès est restreint (que ce soit par l'exigence d'un abonnement ou d'un achat, par une restriction géographique, ou tout autre moyen de limiter l'accès à un contenu en ligne). Si ce lien pointant vers cette œuvre contourne cette restriction, alors le lien en question permet de toucher vers un public nouveau, puisqu'il offre accès à l'œuvre à un public différent de celui visé par la communication initiale (le public des autres zones géographiques ou celui qui ne dispose pas d'un certain abonnement par exemple). Dans ce cas, la mise à disposition d'un lien constitue bien une *communication au public*, au sens de l'article 3§1 de la directive DADVSI, par conséquent subordonnée à l'autorisation du titulaire des droits³⁹.
- 35.** Dans la continuité de la décision *Svensson*, la Cour de justice a rendu l'ordonnance *Best Water*, le 21 octobre 2014 à propos d'un litige similaire impliquant cette fois la création d'un hyperlien permettant d'accéder à l'œuvre par transclusion, sans même accéder au site. Là encore, la Cour considère que le mode technique auquel recourt l'acte de communication litigieux est le même que celui de la communication primaire (« l'internet »). De plus, cette communication n'atteint pas non plus un public nouveau (sauf si contournement de restriction) et cela peu important qu'il entre en relation avec l'œuvre sur un site différent de celui du titulaire⁴⁰. La Cour de justice considère que ce n'est pas non plus un acte de reproduction⁴¹. À l'inverse, si l'œuvre n'est pas en accès libre sur le site premier, une transclusion communiquerait l'œuvre à un public nouveau, ce qui constituerait une communication au public, nécessitant l'autorisation du titulaire des droits.
- 36.** En toute logique, une lecture *a contrario* des arrêts *Svensson* et *Best Water* devrait conduire à considérer que le fait de mettre à disposition un hyperlien pointant vers des œuvres placées illicitement en ligne devrait nécessairement être qualifié de communication au public. Ce n'est toutefois pas la réponse qu'a donné la Cour de justice dans l'arrêt *GS Media* du 8 septembre 2016.

³⁹. CJUE, 13 févr. 2014, *Svensson*, préc., p. 31.

⁴⁰. CJUE, ord., 21 oct. 2014, *Best Water*, préc., p. 17.

⁴¹. *Idem*. p. 18.

Section 2. L'hyperlien vers une œuvre illicitement disponible sur internet

37. Lorsque l'hyperlien en cause pointe vers une œuvre mise en ligne sans le consentement du titulaire des droits, la Cour a donné une interprétation que l'on qualifiera volontiers au moins « d'originale » à la notion de communication au public. Elle met au point un système complexe faisant intervenir plusieurs critères nouveaux ou rappelés et s'emploie aussi à tenter de concilier la liberté d'expression et le droit de propriété privée. Les juges européens se vantent même que leur solution « assure un niveau élevé de protection en faveur des auteurs », comme le souhaite la directive.
38. La Cour de justice commence par évoquer l'ensemble de sa jurisprudence, notamment les décisions *Svensson* et *Best Water* relatives aux hyperliens. Elle rappelle qu'un lien hypertexte est bien un acte de communication, mais que, pour être qualifié de « communication au public » au sens de la directive, celui-ci doit toucher un public nouveau. En l'espèce, dans le cas où l'œuvre a été mise en ligne sans le consentement du titulaire des droits, il est impossible de conclure que celui-ci a visé l'ensemble du public d'internet. Par conséquent, cette communication est adressée à un public nouveau et devrait être qualifiée de communication au public. Ce serait la réciproque logique de *Svensson* que la Cour a semblé retenir dans un premier temps de son raisonnement⁴².
39. Toutefois, dans l'arrêt *GS-Media*, la Cour de justice introduit un critère totalement nouveau dans sa jurisprudence, et tout autant absent du texte de la directive. Cette condition vient nuancer la position binaire de sa jurisprudence : c'est celui de la connaissance du caractère illicite de la publication de l'œuvre protégée, introduisant par là même l'élément intentionnel à la qualification de contrefaçon, inconnu jusque-là et même rejeté. Elle considère que l'utilisateur doit agir « *pleine connaissance des conséquences de son comportement* », soulignant le « *rôle incontournable joué par l'utilisateur et le caractère délibéré de son intervention*⁴³ ». Ainsi, le fait de placer un lien vers une œuvre protégée constitue certes une communication au public, mais seulement à la condition que le poseur de lien ait eu connaissance du caractère illicite de la publication initiale de l'œuvre. À l'inverse, s'il n'est pas démontré cette connaissance par le titulaire des droits, la qualification de communication au

⁴². CJUE, 8 sept. 2016, *GS-Media*, préc., p. 43

⁴³. *Idem.*, p. 35.

public ne sera pas retenue et le lieu échappera à toute condamnation pour contrefaçon sur le fondement de la directive.

40. Dans un second temps, la Cour a réintroduit un critère qu'elle avait déjà retenu de longue date, sans jamais en avoir tiré de réelles conséquences : celui du caractère lucratif, ou non, de la communication, pour lui donner une utilité dans la qualification de communication au public⁴⁴. La lucrativité de la communication avait déjà été évoquée dans l'arrêt *Premier League* de 2011, la Cour avait considéré que celle-ci n'était « pas dénuée de pertinence », sans toutefois jamais l'avoir érigée en condition de la communication au public⁴⁵. La CJUE va tirer, pour les hyperliens, une conséquence importante de ce caractère lucratif puisque c'est celui-ci qui va permettre de présumer la connaissance ou la non-connaissance de l'illicéité de la publication primaire.
41. Il faut donc, pour conclure à la communication au public lors que de mise à disposition d'un lien pointant vers une œuvre illicitement disponible sur internet, établir la connaissance du poseur de lien de cette illicéité. Cette preuve peut-être difficile à rapporter. C'est pourquoi la Cour de justice établit une présomption, qui va permettre de conclure ou non à la connaissance. Cette présomption se fonde sur le caractère lucratif. Si le placement d'un hyperlien est effectué dans un but lucratif, le lieu sera présumé avoir eu connaissance du caractère licite ou non de la mise en ligne de l'œuvre : il y aura alors communication au public. Cela s'explique par le fait que, selon la Cour et compte tenu de sa recherche de lucre, il est attendu de l'auteur de ce lien qu'il ait pris ses dispositions afin de vérifier si la source vers laquelle il pointe son lien n'est pas contrefaisante et que l'œuvre a été placée sur internet avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur⁴⁶. À l'inverse, si le lien est posé dans un but non lucratif, l'auteur ne pourra pas être présumé avoir eu la connaissance du caractère illicite de la mise en ligne et son acte ne sera pas qualifié de communication au public.
42. Ces présomptions sont simples. La preuve contraire de la connaissance ou de la non-connaissance pourra toujours être rapportée par celui qui la subit. Cette présomption sera plus ou moins facile à renverser. Si le site vers lequel pointe le lien comporte manifestement des œuvres contrefaites, comme c'est le cas d'un site de partage d'œuvre en pair à pair, il sera facile de démontrer la connaissance de celui qui est présumé ne pas savoir, *res ipsa loquitur*. En

⁴⁴. CJUE, 8 sept. 2016, *GS-Media*, préc., p. 38.

⁴⁵. CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc., p. 204.

⁴⁶. CJUE, 6 sept. 2016, *GS Media*, préc., p. 51.

d'autres hypothèses, l'évidence sera plus difficile à démontrer. Ce sera par exemple le cas d'œuvres mises en ligne par l'auteur lui-même, sans mention spécifique de sa qualité, sur un site de partage d'œuvre, comme Dailymotion ou YouTube. Un autre exemple serait le cas d'une œuvre qui figurerait sur un site internet avec l'autorisation de l'auteur et serait mise en ligne sur un autre et l'hyperlien en cause pointe vers ce second site. Une des communications primaires et licites, l'autre non : il n'est pas évident que le lieur avait connaissance l'illicéité de la seconde mise en ligne.

43. Dans ces cas, une procédure de *notice and take down* comparable à celle prévue dans la directive 2000/31 du 8 juin 2000, dite *Commerce électronique* (v. *infra.* : n° 59) et exigée pour engager la responsabilité des hébergeurs pourra être importée dans ce contexte. Dès lors que cette notification sera restée sans réponse, le titulaire des droits apportera une preuve indéniable de la connaissance du poseur de lien du caractère illicite de la mise en ligne primaire. À l'inverse, pour renverser la preuve de connaissance, l'opérateur agissant dans un but lucratif pourra démontrer que des diligences suffisantes ont été réalisées afin de s'assurer de la licéité de la présence de l'œuvre et que ces recherches se sont révélées infructueuses.
44. Cette solution complexe est justifiée, selon la Cour, par des considérations de droit fondamental et plus particulièrement de liberté d'expression. Elle affirme immédiatement au visa des considérants 3 et 31 de la directive que celle-ci vise à instaurer un juste équilibre entre intérêts des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins et droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, et cela, particulièrement dans l'environnement numérique⁴⁷. La liberté de lier entre en conflit avec les prérogatives du droit d'auteur. Cette articulation est d'autant plus nécessaire que le droit de propriété intellectuelle est protégé par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la liberté d'expression et d'information par l'article 11 du même texte. La Cour a dû mettre en balance ces droits fondamentaux.
45. En résumé, on peut dégager cinq hypothèses où le droit d'auteur vient à la rencontre des hyperliens. Lorsque le lien renvoie vers une œuvre licitement et librement disponible, il n'y a pas de communication au public, que ce soit par une personne poursuivant un but lucratif (première hypothèse) ou un but non lucratif (deuxième hypothèse). Troisième cas : le lien pointe vers une œuvre licitement disponible, mais dont l'accès est restreint, le lien pointant vers elle et contournant cette restriction constitue une communication au public, qu'il y ait but

⁴⁷. CJUE, 6 sept. 2016, *GS Media*, préc., p. 31.

lucratif ou non. Si l'œuvre a été mise en ligne sans le consentement du titulaire des droits : si l'auteur du lien poursuit un but non lucratif, il n'y aura pas communication au public, du moins jusqu'à preuve de la connaissance (quatrième hypothèse) ; à l'inverse, si le « lieu » poursuit un but lucratif, le lien constituera une communication au public, au moins jusqu'à preuve de la non-connaissance par le lieu.

- 46.** La Cour de justice a donc établi une méthodologie complexe qui lui permet de dégager le sens d'une norme à laquelle elle doit donner une interprétation lorsqu'elle est saisie sur renvoi préjudiciel. Elle a eu recours à l'ensemble de cette méthode pour appréhender la question de l'hyperlien sous l'angle de la communication au public au sens de l'article 3§1 de la directive DADVSI de 2001. Tout cela exposé, il convient maintenant dans une seconde partie de formuler les critiques à l'encontre de cette méthode et de proposer des solutions qui pourront pallier cette complexe qualification de communication au public.

Partie II. Les vices de la méthode de la Cour de justice de l'Union européenne

47. Dans la critique des méthodes et du raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne, il convient de s'intéresser à la cohérence de ce système (Chapitre I). Pour être complet, il faudra enfin dégager de nouvelles solutions, plus cohérentes, pour envisager la problématique de l'hyperlien face à la communication au public (Chapitre II).

Chapitre I. L'incohérence des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne

48. La cohérence des décisions de la Cour de justice est surtout mise à mal par les écueils de sa méthodologie (Section 1), ces considérations conduisant irrémédiablement à une dénaturation des concepts (Section 2).

Section 1. Les écueils de la méthode de la Cour de justice

49. La Cour de justice a un rôle fondamental dans l'élaboration de la norme dans l'ordre juridique de l'Union européenne, ordre ayant une primauté sur les droits nationaux. Plus que de la simple interprétation, elle permet la mise en œuvre du droit européen et donc, dispose à ce titre d'un large pouvoir créateur du droit. Comme toute règle de droit, elle doit poursuivre un certain idéal de sécurité juridique. Cet idéal exige une certaine stabilité, une permanence, une prévisibilité.

50. C'est le premier reproche que l'on formulera à la méthode de la Cour de justice. En ayant recours à une multitude de techniques d'interprétation, celle-ci brouille ses raisonnements. Trop éclatée, la construction par bloc de jurisprudence ne remplit pas non plus l'objectif de prévisibilité ; pire encore, cette élaboration parcellaire de la règle rend illisible l'œuvre normative. Il arrive aussi que l'on découvre dans ces arrêts une certaine forme d'arbitraire. La Cour aura tendance à préférer une méthode en particulier ou en combiner certaines comme elle l'entend, sans réelle logique, afin d'aboutir à la solution qu'elle a en tête. Cela a pour conséquence des solutions de pure opportunité, incohérentes avec le reste de sa jurisprudence. Ce n'est plus la règle de droit – majeure – qui va s'appliquer au fait – mineure – afin d'en déduire une solution logique comme dans un syllogisme classique, mais les faits qui vont tordre la règle de droit afin de lui faire admettre la solution que des considérations politiques,

économiques ou sociales dictent aux juges de l'Union⁴⁸. Cette critique des méthodes traditionnelles d'interprétation peut en partie être formulée à l'égard de la jurisprudence en général⁴⁹. Elle a d'ailleurs déjà été formulée par François Génys, qui faisait un parallèle toujours d'actualité avec l'interprétation *tendancieuse* des anciens juristes romains⁵⁰. Ces derniers s'évertuaient à rechercher une constante adaptation du droit aux besoins sociaux, finissaient par en pervertir l'essence (sur la dénaturation des concepts, v. *infra*, n^{os} 55 et s.). En recherchant une volonté supposée d'un législateur dans un texte alors qu'il ne l'a pas clairement exprimé, l'interprète vient substituer sa propre pensée à celle du législateur défaillant. On peut voir dans l'œuvre de la Cour de justice de l'Union européenne cette même interprétation tendancieuse. À plus forte raison au vu de l'importance qu'ont prise les décisions de la Cour de justice dans la définition des concepts et des qualifications au sein de l'Union européenne. On constate d'ailleurs que les cours nationales, la Cour de cassation tout particulièrement, ont bien intégré cette autorité et font preuve d'une certaine servilité face aux décisions de la Cour de justice. Elle n'hésite pas à se plier à la moindre injonction du juge européen au mépris de sa propre cohérence juridique et de sa clarté⁵¹.

51. La Cour de justice est néanmoins consciente de l'importance qu'auront ses décisions sur l'ordonnement juridique. C'est pourquoi elle a une volonté de donner une apparence de cohérence à ces décisions en citant constamment ses précédents arrêts et ne procède presque jamais à un revirement de sa jurisprudence – en tout cas pas ouvertement – comme dans un système de *case law*. Ce respect du précédent complexifie grandement la compréhension de son interprétation. En procédant par un empilement de solutions, elle tend à se perdre dans un luxe de détails et de complexification que les regards en arrière ne permettent pas pour autant aux solutions de s'articuler dans le tout cohérent qu'elle souhaite mettre en place. Un exemple parfait qui illustre cette tendance se retrouve dans le domaine connexe du droit des marques où la jurisprudence pléthorique de la Cour de justice rend le tout difficilement compréhensible, même pour les juges qui auront à appliquer ces solutions⁵². Le contentieux encore jeune du droit de communication au public n'est pas encore totalement incompréhensible, mais la voie vers laquelle semble se diriger la Cour de justice laisse présager un futur peu lisible.

⁴⁸. P.-Y. Gautier, *Éloge du syllogisme*, JCP G 2015. 902.

⁴⁹. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §415.

⁵⁰. F. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, L.G.D.J., 2^e éd., 1919, p. 66-67.

⁵¹. Rappr., l'interprétation de la notion de de communication au public par voie satellitaire de la Cour de cassation, calquée sur celle de la CJUE : Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2016, *RTD Com.* 2017. 98, obs. F. Pollaud-Dulian

⁵². Voir, à ce sujet, la jurisprudence sur l'épuisement des droits de marque et la libre circulation. Édifiant.

52. Une autre critique qui peut être faite à la Cour de justice dans l'élaboration de sa jurisprudence tient au mécanisme même du renvoi préjudiciel. Si la Cour n'est pas tenue par les questions qui lui sont posées, qu'elle réarrange à dessein, elle est toutefois liée par les faits et le contexte du cas d'espèce qui lui est présenté. Cette nécessité de devoir donner une solution utile à la juridiction qui l'a saisie se concilie mal avec l'œuvre de législateur de substitution qu'elle entend réaliser. Ses solutions s'inscriront dans une casuistique et n'auront pas l'abstraction et la généralité que doit avoir une règle de droit, afin de pouvoir s'appliquer à tout litige. On constate bien cette complexification néfaste à la compréhension de la notion de communication au public appliqué aux hyperliens.
53. Le quatrième écueil dans lequel tombe la Cour de justice est la création de critères nouveaux permettant d'aboutir à la qualification de communication au public. La Cour a dégagé, notamment dans l'arrêt *GS Media*, plusieurs éléments nouveaux qui permettent d'aboutir ou non à cette qualification. Le problème de ces critères est qu'ils ne sont pas définis par la Cour de justice. Elle n'explicite à aucun moment en quoi consiste la connaissance ou la non-connaissance de l'illicéité de la mise en ligne primaire, ni même comment renverser la présomption. Elle ne précise pas plus ce qu'il faut entendre par « caractère lucratif », notion floue, qui peut renvoyer à plusieurs définitions, comme en droit français où cette notion sert à distinguer les sociétés des associations. Il y a de grandes chances que la Cour de justice envisage ces notions comme des *notions autonomes du droit de l'Union*, auxquelles elle entend donner une définition propre et uniformiser sur le territoire de l'Union. Ce flou sera nécessairement source de nouveaux contentieux qui appelleront la Cour de justice à se prononcer à travers des arrêts éclatés. Mais dans l'attente de ses futures décisions, il participe à l'insécurité juridique des justiciables.
54. La balance des intérêts est de plus en plus présente dans les raisonnements de la Cour de justice. C'est sur ce fondement que les juges européens ont pu poser des limites aux droits de propriété intellectuelle, créer de façon prétorienne de nouvelles exceptions. Dans l'arrêt *GS Media*, la liberté d'expression et d'information a été opposée au droit de propriété intellectuelle, ce dernier ayant dû en partie céder face à l'impérieuse menace qu'il constituait pour la première, en tout cas sur internet. La seule motivation d'une solution par le fait qu'il faille mettre en balance deux droits pourtant d'une même valeur est source d'une grande insécurité pour le justiciable. Le titulaire des droits, dont les intérêts seraient lésés, encourra toujours le risque de se voir opposer une liberté fondamentale par un défendeur qui pourra même avoir potentiellement agi de

mauvaise foi. Ce recours à la balance des intérêts est poussé par l'interprétation évolutive des notions à laquelle s'adonne la Cour de justice. C'est l'utilisation de ce prisme des droits fondamentaux, appliqué par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans d'autres domaines, qui a fait craindre au Professeur Lequette une « véritable entreprise de reconstruction ou plutôt de déconstruction de notre système juridique »⁵³. Cette entreprise transparaît ici avec le droit d'auteur qui se voit atteint dans sa substance au nom de la liberté d'expression. La balance des intérêts est d'autant moins légitime que la directive de 2001 prévoit une liste d'exception à l'article 5, qu'elle répute expressément exhaustive (considérant 32). Ces exceptions sont, elles-mêmes, justifiées par la recherche d'un équilibre entre plusieurs droits fondamentaux et privent les titulaires des droits d'une partie de leur prérogative⁵⁴. En ajoutant une exception fondée sur la connaissance au motif de la liberté d'expression, la Cour de justice viole cette exhaustivité et, en ne prévoyant pas de compensation équitable, néglige une des exigences de cette mise en balance.

55. L'insécurité juridique croissante est donc le grand reproche que l'on pourra opposer à la Cour de justice au nouvel état du droit qu'elle a mis en place avec les arrêts *Svensson* et *GS Media*. Plus encore à craindre est de voir apparaître un gouvernement des juges. Là où une assemblée parlementaire nationale peut renverser d'une loi la jurisprudence d'une cour suprême nationale, il n'est pas possible à ce parlement de s'opposer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Par ailleurs, on pourra reprocher à ces juridictions leur inaptitude « à résoudre les grands problèmes sociaux, moraux ou économiques de notre temps »⁵⁵. C'est d'ailleurs pour ces raisons que l'on a souvent reproché le manque de légitimité d'une telle institution au regard des pouvoirs dont elle dispose. Mais ce n'est pas que la méthode de la Cour de justice qui pose problème, mais aussi la solution qu'elle apporte sur le fond qui est elle-même pleine d'incohérence et conduit à une dénaturation des concepts juridiques du droit d'auteur.

⁵³. Yves Lequette, « Des juges littéralement irresponsables... », in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron, Paris, LGDJ, 2008, p. 313.

⁵⁴. Sur la proportionnalité dans le cadre européen, v. J. Lesueur, *Conflit de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, PUAM, 2009, §527 et s.

⁵⁵. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §415.

Section 2. La dénaturation des concepts

56. La méthode d'interprétation finaliste à laquelle recourt la Cour de justice pour qualifier d'acte de communication au public le partage d'un hyperlien provenant d'une source illicite engendre un risque réel de *déconstruction* du droit d'auteur. Cette dénaturation se matérialise par plusieurs aspects, mais surtout à travers les critères que la Cour de justice a dégagés pour définir un acte de communication au public, à travers les arrêts *Svensson* et *GS-Media*.
57. Le premier point qui choquera le juriste à la lecture de l'arrêt de septembre 2016 est l'introduction de manière inattendue de l'exigence d'une caractérisation de la connaissance de l'illicéité. Ce critère introduit une subjectivisation de la qualification de communication au public⁵⁶. On devrait pourtant rechercher une qualification objective, afin de préserver une certaine forme de sécurité juridique : il y a communication au public ou non, sans s'attacher à la connaissance du poseur de lien de l'illicéité. D'autant plus que, tout du moins sur le plan civil, la bonne foi du contrefacteur semble être considérée comme indifférente par la jurisprudence française⁵⁷. En tout état de cause, l'arrêt *GS-Media* renverse la présomption de mauvaise foi qui pesait jusque-là sur le soupçonné contrefacteur, lorsque celui-ci est un « consommateur » (comprendre, un quidam, qui n'agit pas dans un but lucratif). Sans doute poursuit-elle l'œuvre consumériste qu'elle construit depuis plusieurs années. Par ailleurs, cette subjectivisation de la qualification de communication au public porte atteinte au caractère réel du droit de propriété intellectuelle⁵⁸. La connaissance du fait que l'utilisateur porte atteinte ou non à ce droit devrait rester indifférente pour la protection d'un droit réel, on n'imagine pas exiger d'un voleur la connaissance du fait que le bien volé ne lui appartient pas. Il n'y a fondamentalement pas de différence avec un droit réel sur une chose immatérielle.
58. Le critère du caractère lucratif qui va permettre de poser une présomption de connaissance ou de non-connaissance de l'illicéité apporte encore de nouvelles difficultés. Bien que ce critère ait déjà été retenu par la Cour de justice à plusieurs reprises (v. *supra*, n° 25), celle-ci n'en avait jamais rien fait, ayant même cantonné son intérêt à la seule estimation de la réparation du préjudice⁵⁹. La Cour ne peut donc pas, sans se contredire (ce qu'elle proclame ne pas faire),

⁵⁶. P. Sirinelli, A. Bensamoun, J.-A. Bénazéraf, *Le droit de communication au public*, RIDA, janv. 2017. 207, p. 379.

⁵⁷. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 4^e éd., §519. Même si sur ce point, la jurisprudence est assez contradictoire, v. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., §763.

⁵⁸. V. Varet, *Commentaire de la décision GS-Media*, Légipresse, 2016. 608.

⁵⁹. CJUE, 31 mai 2016, *Reha Traing*, préc., p. 49.

affirmer que la poursuite d'une activité lucrative va être déterminante pour présumer ou non la connaissance et partant, la qualification de communication au public. On pourra encore critiquer le fait qu'elle établisse une présomption de manière totalement prétorienne, ce qui est normalement l'apanage de la loi, il ne peut y avoir de présomption sans texte⁶⁰.

59. Ni le critère de la connaissance de l'illicéité, ni celui du caractère lucratif ne sont présents dans le texte de l'article 3§1 de la directive de 2001. La jurisprudence de la Cour de justice les a établis elle-même. Toutefois, il est intéressant de noter qu'on retrouve ces deux notions dans la directive de 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle⁶¹. Cette directive prévoit justement en son article 13 que pour le calcul des dommages et intérêts, ces deux critères sont déterminants. La Cour a-t-elle voulu s'inspirer implicitement d'un texte proche pour fonder sa solution ? Possible, mais cela pose un nouveau problème, la directive de 2001 s'attache à la qualification des actes, là où celle de 2004 a pour champ d'application la réparation des atteintes. Si une condition présente dans la seconde ne se retrouve pas dans la première, il n'y a pas de raison de l'y importer.

60. L'arrêt *GS-Media* introduit une présomption de non-connaissance pour l'utilisateur n'agissant pas à titre lucratif. Cette présomption simple pourra certes être renversée, mais établir la connaissance de cet utilisateur de l'illicéité de la mise en ligne peut s'avérer être extrêmement complexe. Le meilleur moyen sera de recourir à une procédure de notification et de retrait (*notice and take down*). Celle-ci, prévue par la directive *Commerce électronique*, permet de porter à la connaissance du tiers (dans le cadre de la directive de 2000, un hébergeur par exemple) l'illicéité de la mise en ligne d'un contenu, afin que celui-ci le retire de ses serveurs dans les plus brefs délais. Ce système peut parfaitement se transposer à ce nouvel état du droit. Il permettra de renverser incontestablement la présomption de non-connaissance. Il n'est toutefois pas légitime, puisque cette procédure est strictement limitée aux hébergeurs et est justifiée par des nécessités pratiques liées à leur activité⁶². Dans le cas de l'hyperlien, le lieu n'est pas un prestataire technique et ne devrait pas pouvoir recourir à ce texte issu d'un régime spécial. En outre, tant que le titulaire des droits n'y a pas recouru, il ne pourra pas se prévaloir de ses droits. Cette solution est contraire à la Convention de Berne notamment, son article 5§2 exclut que l'exercice des droits par le titulaire soit subordonné à une quelconque formalité, la

⁶⁰. H. Roland, L. Boyer, *Traité d'introduction au droit*, Litec, 2003, §1686.

⁶¹. Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁶². P. Sirinelli, A. Bensamoun, J.-A. Bénazéraf, *Le droit de communication au public*, *RIDA*, janv. 2017. 207, p. 383.

protection est censée être automatique. La nécessité d'établir la connaissance par une notification heurte frontalement cette stipulation. Bien sûr, la preuve est possible par tout moyen et il arrivera que les circonstances rendent tellement invraisemblable la méconnaissance de l'illicéité qu'une telle notification ne sera pas nécessaire, mais dans tous les autres cas, seule cette procédure semble permettre de renverser la présomption.

61. Par ailleurs, l'arrêt *Svensson* a introduit – dans son appréciation du critère du *public nouveau* – un curieux mécanisme d'épuisement des droits de fait, bien que celui-ci ait été un peu tempéré par l'arrêt *GS-Media*. C'est la deuxième fois, après l'arrêt *UsedSoft*, que la Cour établit une forme d'épuisement du droit d'auteur⁶³. Dès lors qu'un titulaire de droits met en ligne sans mesure de protection une œuvre en ligne, il perd tout contrôle sur sa création⁶⁴. Cet épuisement s'oppose non seulement à la directive de 2001, qui ne prévoit d'épuisement de droit que pour le droit de distribution (Dir. 2001/29/CE, art. 4.2), mais encore toute une série de traités internationaux relatifs à la propriété littéraire et artistique⁶⁵. Cet épuisement constitue une expropriation de fait du titulaire de ses droits en ligne, sans aucune justification, si ce n'est « l'intérêt du public ». Mais cela soulève de nouvelles questions, *quid* en cas de retrait de l'œuvre des serveurs par le titulaire des droits ? Retrouvera-t-il ses prérogatives ?
62. Il lui est bien sûr possible d'échapper à cet épuisement en mettant en place des mesures techniques de protection (comme la création d'un compte ou un accès par abonnement). Mais ces mesures techniques de protection sont censées aider le titulaire des droits à lui garantir une protection effective de son droit. Avec l'arrêt *Svensson*, elles sont érigées en conditions à l'obtention de la protection par le droit d'auteur. Encore un mélange des finalités qui vient dénaturer un concept pourtant censé aider à « garantir un niveau élevé de protection aux auteurs⁶⁶ ».
63. Il convient enfin de noter au titre des incohérences le cas du lien permettant une transclusion du contenu envisagé par les décisions *Svensson* et *BestWater*. La Cour refuse de les qualifier de reproductions alors même qu'ils incorporent l'œuvre sur le site sur lequel ils sont posés. Par ailleurs, puisque ne renvoyant pas l'utilisateur vers le site d'origine de la publication, cette

⁶³. CJUE, Gr ch., 3 juillet 2012, *UsedSoft*, aff. C-128/11, *Vends logiciels d'occasion, copie numérique, excellente affaire ! Gaz. Pal.* 2012. 291, obs. L. Marino.

⁶⁴. S. Dormont, *La liberté de créer un lien hypertexte, Propriétés intellectuelles*, 2014. 240.

⁶⁵. Pour une liste des dispositions contraires à cet épuisement, v. *Avis du comité exécutif de l'ALAI*, adopté le 17 sept. 2014, <http://www.alai.org/resolutions.html>, p. 2. (consulté le 17 février 2017).

⁶⁶. P. Sirinelli, A. Bensamoun, J.-A. Bénazéraf, *Le droit de communication au public, RIDA*, janv. 2017. 207, p. 393.

transclusion ne permettra pas au titulaire des droits de percevoir les éventuels revenus publicitaires qu'il aurait pu engranger du fait de cette visite et qui auraient pu constituer une sorte de compensation. Cette considération, bien que purement économique, bat en brèche le dessein sans cesse répéter par la Cour de garantir un niveau de protection élevé au droit d'auteur.

64. « *La critique est aisée, et l'art est difficile* »⁶⁷. Toutes ces critiques seraient bien inutiles sans apporter des solutions concrètes et alternatives permettant de pallier ces incohérences dans le système mis en place par la Cour de justice ou tout du moins, proposer un système plus simple et plus compréhensible, qui garantit un niveau élevé de protection.

Chapitre II. Les remèdes à ces incohérences

65. La question de l'hyperlien et de ses rapports avec le droit d'auteur ne peut pas rester sans réponse. C'est pourquoi on pourra proposer la qualification de *complicité* ou de *fourniture de moyens* (section 1), pour s'intéresser, enfin, à l'évolution et à l'avenir de la question des hyperliens (section 2).

Section 1. La complicité ou la fourniture de moyens

66. Les prémisses sur lesquels repose le syllogisme et qui permettent à la Cour de justice d'aboutir à la qualification de communication au public – au moins quand il y a connaissance de l'illicéité – sont erronés. La fourniture d'un hyperlien n'est pas un acte de reproduction : la jurisprudence en général a rejeté cette solution, notamment aux États-Unis, avec la décision *Ticketmaster* de 2000⁶⁸. Ce n'est pas non plus un acte de représentation à même d'entraîner la qualification de communication au public. L'acte de poser un hyperlien vers du contenu ne permet pas de représenter l'œuvre, celle-ci se représentera toujours sur le site initial vers lequel l'hyperlien renvoie. Il fournira tout au mieux un moyen d'accéder à cette œuvre. Cette solution a pu être retenue dans une décision du tribunal de grande instance de Nancy du 6 décembre 2010, qui relève que celui qui place les liens ne communique pas lui-même les œuvres⁶⁹. Par ailleurs, comme l'a affirmé la Cour de justice dans l'arrêt *Svensson* (justement cette fois), l'hyperlien ne communique pas l'œuvre à un public nouveau tel qu'entendu par l'arrêt *Mediakabel* de 2005⁷⁰. L'utilisateur pourra toujours accéder à l'œuvre sans avoir à passer par l'hyperlien.

⁶⁷. Philippe Néricault Destouches, *Le Glorieux*, II, 5, (1732).

⁶⁸. US District Court, Central District of California, 27 mars 2000, *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*

⁶⁹. TGI Nancy, 6 déc. 2010, n°10/04160, *Le Bien Public et a. c. Dijonscope*, *Gaz. Pal.* 2011. 459, obs. L. Marino.

⁷⁰. CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel*, aff. C-89/04, *Légipresse*, 2005. 225, obs K. Renaud.

67. Si l'exploitant d'un site hébergeant une œuvre illicite porte nécessairement atteinte au droit de communication au public et peut alors être qualifié d'acte de contrefaçon, ce n'est pas le cas de celui qui fournit un hyperlien. Celui-ci qui ne devrait pas entrer dans le champ d'application de l'article 3§1 de la directive de 2001. Tout d'abord parce que d'un point de vue purement technique, l'hyperlien n'opère aucune représentation de l'œuvre (sauf hypothèse du *framing*). De plus, la directive de 2001 admet dans un de ses considérants un point qui exclut du champ de la communication au public la fourniture d'installations qui sont « destinées à permettre ou à réaliser une communication⁷¹. » On retrouve là la logique de l'hyperlien. Toutefois, cet acte de partage de liens hypertextes vers une œuvre placée illicitement sur internet ne devrait pas pour autant rester impuni. Il serait plus raisonnable de laisser aux juridictions nationales le soin de qualifier l'acte en question pour lui appliquer le régime idoine⁷². Il sera alors loisible aux juridictions des États membres de sanctionner ces actes de contrefaçon sur le terrain de la complicité par fourniture de moyens.
68. Il s'agit d'ailleurs de la solution classique proposée par la doctrine et confirmée par la jurisprudence française, celle d'autres États membres de l'Union européenne ou encore les tribunaux américains⁷³. Par exemple, dans l'affaire *Utah Lighthouse Ministry, Inc*, où une association culturelle avait placé sur son site des hyperliens renvoyant vers une œuvre protégée. Les juges ont sanctionné l'association pour contrefaçon parce qu'elle avait fourni le moyen de ces actes, en diffusant des liens vers une œuvre illicitement mise en ligne⁷⁴. Autre exemple, le président du tribunal civil d'Anvers statuant en la forme des référés a appliqué la théorie de la tierce complicité à l'internaute qui fournit des liens vers un site hébergeant des fichiers .mp3 illicitement mis en ligne⁷⁵. En France, le tribunal de grande instance d'Épinal s'est fondé sur la fourniture de moyen pour sanctionner au titre de la contrefaçon dans un cas identique⁷⁶. Ou encore, explicitement, dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, *Alliel*, pour la mise à

⁷¹. Considérant 27, Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 dite *DADVSI*.

⁷². Rappr. CJUE 3^e ch., 24 nov. 2011, *Circul Globus*, aff. C-283/10, *PI*, 2012. 428, obs. V.-L. Benabou, qui considère la directive de 2001 non-applicable et laisse le soin au juge national de qualifier l'acte en question.

⁷³. V. à ce sujet : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §768 ; A. Strowel et N. Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens (2e partie)*, *RIDA*, n° 186, oct. 2000, p. 105 ; F. Sardain, *La contrefaçon du fait des liens hypertextes*, *Com., com. élec.*, 2005. 21.

⁷⁴. U.S. District Court for the District of Utah, 6 décembre 1999, *Intellectual Reserve, Inc vs. Utah Lighthouse Ministry, Inc, preliminary injunction*, 75 F. Supp. 1d 1290 (D. Utah 1999).

⁷⁵. Prés. Civ. Anvers (référé), 21 déc. 1999, *IFPI c/Beckers*, non publié, RG 99/23830.

⁷⁶. TGI Épinal, ch. corr, 24 oct. 2000, *Ministère public et SCPP c/ Conraud*, *Com., Com élec.*, 2000. 125., obs. C. Caron.

disposition d'hyperlien permettant de télécharger des jeux vidéo contrefaits : la complicité par fourniture de moyens a été retenue⁷⁷.

69. Ce genre d'acte se prête parfaitement à la qualification de complicité par fourniture de moyens au sens du droit pénal, telle qu'elle est définie à l'article L. 121-7 du Code pénal⁷⁸. Ainsi, si la mise en ligne initiale se fait sans le consentement du titulaire des droits (hypothèses de *GS-Media*), cette communication primaire sera susceptible d'être qualifiée de contrefaçon au sens de l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle. Il existe dès lors un *fait principal punissable*, première condition de la complicité⁷⁹. Il faudra ensuite une *intervention matérielle* du complice, ici le poseur de l'hyperlien, en ce qu'il facilitera la consommation du délit en fournissant le moyen d'accéder à l'œuvre contrefaite. La jurisprudence de la Chambre criminelle a d'ailleurs considéré qu'il importait peu que l'intervention du complice ait été nécessaire à la réalisation ou la consommation du délit⁸⁰. Il en va de même avec l'hyperlien : il n'est pas nécessaire pour accéder à l'œuvre, mais il facilite la diffusion du contenu piraté et en augmente le rayonnement. Enfin, il faudra démontrer un *élément intentionnel*, c'est-à-dire la connaissance de participer à la réalisation d'un délit, ici une contrefaçon. Avec un hyperlien, le fait de connaître cette illicéité. Dans le cadre de la contrefaçon, la présomption de bonne foi saute sur le terrain de la complicité et il faudra établir la connaissance du caractère illicite de la première mise en ligne. Une fois tous ces éléments réunis, l'article L. 121-6 du Code pénal sanctionne le complice comme s'il avait été l'auteur de la contrefaçon. Dans un cas comparable à celui intéressant l'arrêt *GS-Media*, la complicité était établie dans toutes ses composantes et les tribunaux auraient pu aboutir à la même solution et condamner la société sans que la Cour de justice vienne dénaturer les concepts de la directive 2001/29.

70. Hors cadre d'un procès pénal, ce genre d'acte est à même d'engager la responsabilité civile de leurs auteurs. La jurisprudence civile admet que l'on puisse être responsable parce qu'on fournit un moyen de causer un dommage. Elle a d'ailleurs reconnu la responsabilité pour fourniture de moyens en propriété littéraire et artistique dans une affaire où une personne mettait à disposition à titre onéreux des photocopieurs à la disposition du public, car elle fournissait les moyens de procéder à des reproductions illicites⁸¹. Le fait de placer un lien vers une œuvre

⁷⁷. CA Aix-en-Provence, 5e ch. corr., 10 mars 2004, *Alliel c/Min. public, SEV et al.*, *Com. com. électr.*, 2004, comm. 103.

⁷⁸. J. C. Ginsburg, Y. Gaubiac, *Contrefaçon, fourniture de moyens et faute : perspective dans les systèmes de common Law et civiliste à la suite des arrêts Grokster et Kazaa*, RIDA 2006. 1., p. 63 et s.

⁷⁹. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2015, §342 et s.

⁸⁰. Crim. 22 janvier 1991, *Bull. Crim. n° 36* ; *JCP G* 1992. II. 21909, note Garé.

⁸¹. Cass. 1^{re} civ. 7 mars 1984, *Rannou-Graphie*, *RTD Com.*, 1984. 677., obs A. Françon.

contrefaisante fournira à un tiers un moyen de réaliser un acte de contrefaçon causant un préjudice certain au titulaire des droits. Ce fait dégénère donc en faute au sens du droit de la responsabilité dont découle indirectement le préjudice permettant de rechercher la responsabilité du poseur de lien. Pour reprendre l'image du Professeur F. Grua, « *La responsabilité, plutôt que de descendre de la faute, y remonte à partir du préjudice par le chemin de la causalité*⁸². »

71. Une autre solution était celle proposée par l'avocat général, dans ses conclusions rendues dans l'arrêt *GS-Media*⁸³. Celui-ci préconisait de rejeter totalement que la création d'un hyperlien puisse être qualifiée de communication au public, estimant que ceux-ci sont fondamentaux à l'architecture d'internet. L'avocat général proposait de renverser le principe même posé par l'arrêt *Svensson*. La Cour de justice on l'a vu, ne l'a pas suivi, préférant s'inscrire dans la continuité de ses précédents. Cette position aurait toutefois pu permettre de rechercher la responsabilité du lieu sur le terrain de la complicité, par renvoi au droit national.
72. Maintenant que les alternatives ont été posées, il nous appartient enfin de nous intéresser aux futurs de la question des liens hypertextes. Comment à l'avenir et dans quel contexte, ces hyperliens pourront être appréhendés par le droit européen et la Cour de justice de l'Union européenne ?

Section 2. L'évolution et l'avenir de la question de l'hyperlien

73. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment eu à se prononcer sur une quatrième affaire concernant la notion de communication au public. L'arrêt *Stichting Brein c. Filmspeller* du 26 avril 2017⁸⁴. Dans le cadre de ce litige, sont en cause des hyperliens placés dans des modules complémentaires — programmés par des tiers — installés dans un lecteur multimédia par le vendeur. Ces liens hypertextes redirigent les utilisateurs vers des œuvres placées sur internet sans le consentement des titulaires de droits, afin que les utilisateurs puissent les lire en *streaming* sur leur téléviseur. On peut rapprocher ce cas de celui de la personne qui met à disposition des photocopieurs qui vont permettre la commission d'actes de contrefaçon⁸⁵. On peut aussi y voir une déclinaison *hardware* de la règle envisagée par l'article L. 335-2-1 du

⁸². F. Grua, *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage*, RTD civ. 1994. 1.

⁸³. CJUE, concl. av. gén. M. Wathelet, 7 avr. 2016, *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, p. 28, note L. Marino.

⁸⁴. CJUE, 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Filmspeller*, aff. C-527/15, *JCP E*, 4 mai 2017, p. 325.

⁸⁵. Cass. 1^{re} civ. 7 mars 1984, *Rannou-Graphie*, préc.

Code de la propriété intellectuelle qui sanctionne l'éditeur d'un logiciel destiné à réaliser des actes de contrefaçon.

74. Ce n'est pas le raisonnement qu'avait proposé l'avocat général et qu'a suivi par la Cour de justice, qui a préféré s'inscrire dans la lignée de l'arrêt *GS-Media*⁸⁶. La Cour a confirmé sa solution en retenant la qualification de communication au public. Elle considère qu'il y a un acte de communication : le fait de fournir les liens ; que celui-ci touche un public nouveau de celui autorisé par le titulaire des droits (seulement les abonnés par exemple ou personne, si l'œuvre a été mise en ligne sans son accord). Elle retient aussi qu'en l'occurrence, la connaissance par le vendeur du lecteur multimédia du caractère illicite de la mise en ligne primaire était évidente, puisque la publicité promouvant le produit mettait en avant la possibilité d'accéder à des films et séries gratuitement⁸⁷. Cette interprétation a le mérite d'être cohérente avec l'arrêt *GS-Media*, mais elle ne fait que renforcer les critiques formulées à l'encontre de la méthode de la Cour de justice. Elle réfute aussi l'argument selon lequel ce genre d'acte ne pourrait être qualifié de communication au public puisque celui-ci relèverait de l'exclusion prévue au considérant 27 de la directive 2001/29 relatif à la « simple fourniture d'installations physiques »⁸⁸. Elle se fonde sur sa décision *Rafael Hoteles* pour considérer que l'installation rend techniquement possible l'accès du public aux œuvres radiodiffusées et que l'exploitant de l'appareil redirige le signal vers ses clients. Elle affirme qu'il « s'agit d'une communication au public, sans qu'il importe de savoir quelle est la technique de transmission du signal utilisée ». Dans le cas d'espèce, les modules complémentaires installés par l'exploitant en pleine connaissance des conséquences de son comportement ne « se confondent pas avec la simple fourniture d'installations physiques »⁸⁹.

75. Dans le cas de l'arrêt *Filmspeller*, on s'éloigne de plus en plus de l'acte de communication primaire, ce qui accroît encore la sphère d'influence de la communication au public. En assimilant à la qualification de l'article 3§1 de la directive l'acte de celui qui fournit des modules complémentaires créés par des tiers et incorporants des hyperliens renvoyant vers une œuvre protégée, la Cour tord toujours plus la notion afin de lui faire admettre de plus en plus d'actes. Cela peut ouvrir la porte à une infinité de possibilités qui permettront à la Cour de justice de se fonder sur ces solutions pour d'appréhender la question de la contrefaçon au moyen

⁸⁶. CJUE, *concl. av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona*, 8 déc. 2016, rendu dans l'affaire C-527/15.

⁸⁷. CJUE, 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Filmspeller*, préc., p. 50.

⁸⁸. *Idem.*, p. 40.

⁸⁹. *Idem.*, p. 41.

d'internet, étendant un peu plus son intervention. Pourtant, dans ce cas aussi, la qualification de complicité par fourniture de moyen de commettre un acte de contrefaçon devrait s'imposer.

76. Une dernière affaire impliquant là encore *Stichting Brein* a été jugée le 14 juin 2017⁹⁰. La question portait sur le point de savoir si les administrateurs du site de partage d'œuvre en pair-à-pair *The Pirate Bay* réalisaient un acte de communication au public en indexant et fournissant des fichiers torrent permettant de téléchargement des œuvres mises en ligne sans l'accord des titulaires de droits. La Cour de justice admet cette qualification, en se fondant sur la méthode développée dans les arrêts *Svensson*, *GS-Media* ou *Filmspeller*⁹¹. Pourtant, dans ce cas plus encore que dans toute autre, les administrateurs ne réalisent à aucun moment un acte de communication au public d'œuvres protégées par le droit d'auteur, mais bel et bien un acte de complicité de contrefaçon par fourniture de moyens.

77. Il est enfin à noter que la Commission européenne a récemment révélé son projet de directive visant à réformer le droit d'auteur au niveau européen et principalement son articulation avec le monde du numérique⁹². Cette proposition va venir compléter la directive 2001/29. Il est tout de suite à regretter que le projet dans sa rédaction actuelle n'apporte pas de solution concrète quant à la qualification à donner aux hyperliens renvoyant vers une œuvre protégée par le droit d'auteur, licitement ou non mise en ligne. Toutefois, l'article 11§1 du projet de directive propose un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse en ligne (à l'exception des éditeurs de publications universitaires et scientifiques). Ce droit est identique à celui prévu à l'article 3§2 de la directive 2001/29, et cela pour une durée de 20 ans à compter de l'année suivant la mise en ligne du contenu. Le consentement des éditeurs de publication de presse en ligne sera donc nécessaire pour « *la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* » de leurs publications de presse sous forme numérique.

78. Cette disposition vise à lutter contre les plateformes dont le modèle économique – financé par le trafic généré et les revenus publicitaires en découlant – est d'agrèger des hyperliens vers site de presse. Sont directement visés des services comme « *Google Actualités* » d'Alphabet ou celui de Microsoft « *MSN News* ». Ces sites proposent sur leur page d'accueil une série d'hyperliens,

⁹⁰. CJUE, 14 juin 2017, *Stichting Brein*, aff. C-610/15, *JCP G*, 19 juin 2017, p. 714.

⁹¹. CJUE, 14 juin 2017, *Stichting Brein*, préc., p. 32.

⁹². Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, publiée le 14 sept. 2016.

accompagnés du titre des articles vers lesquels ils renvoient, d'une miniature et des premières lignes des contenus en question. La proposition fait écho aux mesures similaires qui ont été prises en Allemagne dès 2012 et en Espagne en 2014 pour lutter contre ce « détournement du travail des journalistes » et poussé par le travail de lobbying des grands éditeurs de presse⁹³. Cette proposition a conduit à une levée de boucliers parmi les défenseurs d'un Internet libre, pourtant, elle ne semble pas remettre en cause les solutions des arrêts *Svensson* et *GS-Media*. En effet, bien que l'objectif avoué est de lutter contre l'agrégation d'hyperliens, le considérant 33 *in fine* du projet de directive précise *expressis verbis* que « Cette protection ne s'étend pas aux actes de création de liens hypertextes qui ne constituent pas une communication au public. » Or, comme il l'a été vu, les cas où le partage d'un hyperlien constitue un acte de communication au public au sens de l'article 3§1 de la directive 2001/29 sont marginaux. L'immense majorité des hyperliens renvoyant vers une œuvre protégée par le droit d'auteur sont licites et c'est encore plus le cas vers les publications de presse. On ne voit donc pas trop l'intérêt qu'a eu la Commission à proposer cette disposition alors qu'elle l'a vidée de toute substance, si ce n'est complexifié encore plus la question.

79. Il est néanmoins à noter que le texte soumis au Parlement européen a écarté l'idée d'un tel droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse⁹⁴. Le rapporteur du texte lui a préféré une présomption de représentation des auteurs. L'idée est donc, à l'heure où ces lignes sont écrites, en suspend. Les débats parlementaires permettront peut-être de ressusciter cette idée toujours encore soutenue par les éditeurs de presse. Quoi qu'il en soit, la question devrait être tranchée à l'automne.

⁹³. Sur l'influence des lobbies dans l'élaboration des normes : J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009.

⁹⁴. A. Debouté, *Droit d'auteur, Bruxelles ne retient pas les demandes de la presse*, Le Figaro, 23 mars 2017, disponible sur <http://www.lefigaro.fr/medias/2017/03/23/20004-20170323ARTFIG00218-droit-d-auteur-bruxelles-ne-retient-pas-les-demandes-de-la-presse.php> (consulté le 25 mars 2017).

Conclusion

- 80.** Près de vingt-cinq ans après l'émergence de l'internet grand public, la question de l'hyperlien pose encore de nombreuses difficultés aux juristes. Elle est pourtant fondamentale au vu de la place que les liens hypertextes occupent sur les réseaux. Ils sont nécessaires au fonctionnement correct d'internet et pourtant ne sont régis par aucune règle relative aux droits d'auteur. Ce vide juridique a dû être comblé par la doctrine, mais aussi la pratique. C'est pourquoi les juges européens ont souhaité lui donner un régime juridique, à travers l'interprétation de la notion de communication au public.
- 81.** Beaucoup de critiques ont été adressées à cette interprétation. La notion de communication au public telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas à même d'appréhender la complexité du fonctionnement de l'hyperlien. En outre, c'est la méthode même de la Cour de justice, fondée sur la *case law*, qui empêche toute cohérence dans l'œuvre jurisprudentielle. Puisque la Cour, en se référant à ses précédents pour justifier une solution, crée en réalité de façon prétorienne une règle sous couvert d'interprétation. « *L'imprévisibilité, qui finit par devenir la caractéristique prépondérante de la jurisprudence de la CJUE en matière de communication au public*⁹⁵. »
- 82.** Il faut toutefois saluer la volonté qu'a eue la Cour de chercher à régir ces situations et d'avoir tenté adapter les textes – dans leur silence ou leur obscurité – aux nouvelles questions qu'internet soulève. Le travail d'interprétation est nécessaire. La Cour, à certains égards, se rapproche même de la méthode de libre recherche scientifique proposée par Gény au début du XXe siècle. Malheureusement, les différents objectifs antagonistes qu'elle poursuit dans l'élaboration de sa jurisprudence ont rendu son œuvre illisible, incohérente et insécurisante. Rechercher une cohérence est en réalité une tâche impossible.
- 83.** Il y a bon espoir que les acteurs du droit continuent de réfléchir à cette notion et élaborent à l'avenir un régime satisfaisant propre à appréhender l'hyperlien, notamment lorsque celui-ci permet de diffuser des actes de contrefaçon à si grande échelle. Il faut du temps pour aboutir à un tel système optimal, notamment à un tel niveau d'harmonisation et pour citer en mot de fin le juriconsulte Portalis : « *Les codes des peuples se font avec le temps*⁹⁶. »

⁹⁵. P. Sirinelli, A. Bensamoun, J.-A. Bénazéraf, *Le droit de communication au public*, RIDA, janv. 2017. 207, p. 253.

⁹⁶. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

Bibliographie

I. Manuels

A. Propriété littéraire et artistique

- C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4^e édition, 2016.
- P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e édition, 2017.
- A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, 4^e édition, 2012.

B. Droit institutionnel de l'Union européenne

- C. Blumann et L. Dubois, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e édition, 2016.
- P. Rambaud, J.-L. Clergerie, A. Gruber, *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 11^e édition, 2016.
- J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e édition, LGDJ, 2010.

C. Introduction au droit

- P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e édition, 2013.
- P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 6^e édition, 2016.
- H. Roland, L. Boyer, *Traité d'introduction au droit*, Litec, 2003.

D. Droit des libertés fondamentales

- F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 13^e édition, 2016.

E. Droit pénal

- B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 24^e édition, 2015.

II. Monographies et thèses

- L. Grymbaum, C. Le Goffic, L. Mortel-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Précis Dalloz, 2014.
- F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T.I, L.G.D.J., 2^e éd., 1919.
- J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009.
- J. Lesueur, *Conflit de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, PUAM, 2009.
- J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.
- C. Zolynski, *Méthode de transposition des directives communautaires : études à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2007.

III. Mélanges

- Y. Lequette, « Des juges littéralement irresponsables... », in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron, Paris, LGDJ, 2008.
- C. Zolynski, *L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice en droit de la propriété littéraire et artistique*, in, Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014.

IV. Ouvrages non-juridiques

- J.-P. Balpe, *Hypertexte et littérature*, in, *Les objets hypertextuels*, Londres, ISTE Éditions, 2015.
- L. Le Rond d'Alembert, *Discours préliminaire à l'Encyclopédie*, 1751.
- P. N. Destouches, *Le Glorieux*, 1732.

V. Articles

- ALAI, Avis du comité exécutif, adopté le 17 sept. 2014, consultable sur <http://www.alai.org/resolutions.html>
- V.-L. Bénabou, *Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes*, *PI* 2012. 140.
- B. Bertrand, *Les blocs de jurisprudence*, *RTD Eur.* 2012. 741.
- P.-Y. Gautier, *Éloge du syllogisme*, *JCP G* 2015. 902.
- P.-Y. Gautier, *Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux*, *D.* 2015. 2189
- J. C. Ginsburg, Y. Gaubiac, *Contrefaçon, fourniture de moyens et faute : perspective dans les systèmes de common Law et civiliste à la suite des arrêts Grokster et Kazaa*, *RIDA* 2006. 1.
- F. Grua, *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage*, *RTD civ.* 1994. 1.
- F. Sardain, *La contrefaçon du fait des liens hypertextes*, *Com., com. élec.* 2005. 21.
- P. Sirinelli, A. Bensamoun, J.-A. Bénazéraf, *Le droit de communication au public*, *RIDA*, janv. 2017. 207.
- A. Strowel et N. Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens (2e partie)*, *RIDA*, n° 186, oct. 2000, p. 3.

VI. Jurisprudences et notes

A. Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 3 fév. 1977, *Benedetti*, aff. 52/76 : *Rec.*, p. 163.
- CJCE, 24 nov. 1992, *Poulsen*, aff. C-288/90 : *Rec. CJCE* 1992, I, p. 6052.
- CJCE, 6 mars 2003, *Kaba*, aff. C-466/00 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 2219.
- CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel*, aff. C-89/04 : *Légipresse*, 2005. 225, obs K. Renaud.
- CJCE, 7 déc. 2006, *Rafael Hoteles*, aff. C-306/05 : *PI*. 2007. 87, obs. A. Lucas.
- CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, affs. C-403/08 et C-429/08 : *PI*. 2012. 51, obs. V.-L. Benabou.
- CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extend c. Sabam*, aff. C-70/10 : *PI*, 2012. 436, obs. V.-L. Benabou ; *Gaz. Pal.*, 2012. 14., obs. Laure Marino.
- CJUE 3^e ch., 24 nov. 2011, *Circul Globus*, aff. C-283/10 : *PI*, 2012. 428, obs. V.-L. Benabou.
- CJUE, Gr ch., 3 juillet 2012, *UsedSoft*, aff. C-128/11 : *Vends logiciels d'occasion, copie numérique, excellente affaire!* *Gaz. Pal.*, 2012. 291, obs. L. Marino.
- CJUE 4^e ch., 13 février 2014, *Nils Svensson et autres c/ Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12 : *PI*, 2014. 234, obs. S. Dormont ; *RTD. Com.*, 2014. 600., obs. F. Pollaud-Dulian ; *Com., com. élec.*, 2014. 34., comm. C. Caron.
- CJUE, *concl. av. gén. M. Wathelet dans l'affaire GS-Media*, 7 avr. 2016 : *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, p. 28, note L. Marino.
- CJUE, ord., 9^e ch., 21 oct. 2014, *Best Water International GmbH c/ Mebes et Potsch*, aff. C-348/13 : *Com., com. élec.*, 2014. 92., comm. C. Caron.

- CJUE, Gr. Ch., 31 mai 2016, *Reha Traing*, aff. C-117/15 : *PI*, 2016. 433., obs J.-M. Bruguière.
- CJUE, 2^e ch., 8 sept. 2016, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et al.*, aff. C-160/15 : *Com., com. élec.*, 2016. 78., comm. C. Caron ; *D.*, 2016. 1905., note F. Pollaud-Dulian ; *PI.*, 2016. 436., comm. J.-M. Bruguière ; *JCP G*, 2016. 1222., obs. L. Marino.
- CJUE, *concl. av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona*, 8 déc. 2016, rendu dans l'affaire C-527/15.
- CJUE, 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Filmspeller*, aff. C-527/15, *JCP E*, 4 mai 2017, p. 325.
- CJUE, 14 juin 2017, *Stichting Brein*, aff. C-610/15, *JCP G*, 19 juin 2017, p. 714.

B. Cour de cassation

- Cass. 1^{re} civ. 7 mars 1984, *Rannou-Graphie*, *RTD Com.*, 1984. 677. : obs A. Françon.
- Cass. Crim. 22 janvier 1991, *Bull. Crim. n° 36* ; *JCP G*, 1992. II. 21909, note Garé.
- Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2016, *RTD Com.* 2017. 98, obs. F. Pollaud-Dulian.

C. Cour d'appel

- CA Aix-en-Provence, 5e ch. corr., 10 mars 2004, *Alliel c/ Min. public, SEV et al.* : *Com. com. électr.*, 2004, comm. 103.

D. Tribunal de grande instance

- TGI Épinal, ch. corr, 24 oct. 2000, *Ministère public et SSCP c/ Conraud* : *Com., com. élec.*, 2000. 125., obs. C. Caron.
- TGI Nancy, 6 décembre 2010, n°10/04160, *Le Bien Public et a. c. Dijonscope* : *Gaz. Pal.*, 2011. 459, obs. Laure Marino.

E. Juridictions étrangères

- Pres. Civ. Anvers (référé), 21 déc. 1999, *IFPI c/ Beckers*, non publié, RG 99/23830.
- U.S. District Court for the District of Utah, 6 décembre 1999, *Intellectual Reserve, Inc vs. Utah Lighthouse Ministry, Inc, preliminary injunction*, 75 F. Supp. 1d 1290 (D. Utah 1999).
- US District Court, Central District of California, 27 mars 2000, *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*

VII. Textes

A. Codes

- Code de la propriété intellectuelle.
- Code pénal.

B. Textes européens

- Traité de fonctionnement de l'Union européenne, 25 mars 1957.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000.
- Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information
- Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, publiée le 14 sept. 2016.