

# *La responsabilité pour hyperliens et la communication au public*

Présentation à l'assemblée générale de l'ABDA  
(Bruxelles - 20 mars 2017)

**Alain Strowel**

Professeur, UCLouvain, Université Saint-Louis, KUL, avocat  
alain.strowel@uclouvain.be

# Sommaire

- Introduction sur les hyperliens
- Responsabilité pour hyperlien (jurisprudence nationale)
  - I. Responsabilité pour le fournisseur de liens
    - A. Reprise des pointeurs
    - B. Responsabilité selon types d'hyperlien
    - C. Complicité pour diffusion de contenus illicites
  - II. Responsabilité pour l'intermédiaire (hébergeur)
- Hyperlien et communication au public (CJUE)
  - I. Définition de la communication au public
  - II. Applications en matière d'hyperlien

# Le référencement et les hyperliens

- Pas d'Internet sans hyperliens entre pages web: les liens sont les fils de la Toile
- Qu'est ce qu'un hyperlien ?
  - Distinction entre pointeur et code HTML sous-jacent
- Quelles sont les différentes techniques de liens?
  - Liens activés par l'utilisateur
    - lien en surface: vers la page d'accueil du site cible
    - lien en profondeur: vers une page intérieure du site cible
    - lien de cadrage ou transclusion: utilisation du cadre du site faisant le lien (cf. CJUE, BestWater) avec souvent inline linking
  - Liens exécutés automatiquement (appelés liens 'insérés' ou 'dynamiques', ou 'inline linking' )

# Sommaire

- Introduction sur les hyperliens
- Responsabilité pour hyperlien (jurisprudence nationale)
  - I. Responsabilité pour le fournisseur de liens
    - A. Reprise des pointeurs
    - B. Responsabilité selon types d'hyperlien
    - C. Complicité pour diffusion de contenus illicites
  - II. Responsabilité pour l'intermédiaire (hébergeur)
- Hyperlien et communication au public (CJUE)
  - I. Définition de la communication au public
  - II. Applications en matière d'hyperlien

# Affaires d'hyperliens

- Premières affaires anglo-américaines (1996-1998) :
  - *Shetland Times, Total News, Ticketmaster (I)*
- Multiplication des affaires (notamment dans les secteurs presse et bases de données):
  - US : *Ticketmaster (II), Bernstein/Penney, eBay/BE, LA Times/Free Republic, Mormon Church, DVD/Mc Loughlin, Kelly/Arriba ...*
  - RFA : *Telco- and FTP-Explorer, Bau-markt, StepStone/OfiR, Paperboy ...*
  - NL : *XS4all, KPN/XSO, “Kranten.com”*
  - FR : *Sacem/Roche, Groupe Industrie/Ornis, Cadreonline/Keljob*
  - UK : *Haymarket/Burmah Castrol*
  - Etc.
- Ces affaires anticipent de plus récentes décisions impliquant les moteurs de recherche/agrégateurs:
  - US: *Perfect 10 v. Google (2007/2012)*
  - BE: *Copiepresse c. Google (2011)*
  - FR: *SAIF c. Google (2011)*
  - RFA: *Onglet (2010/2011)*

# I. Responsabilité du fournisseur du lien

## **A. Atteinte causée par le pointeur**

(par ex. des titres ou personnages utilisés comme pointeurs)

## **B. Atteinte causée par la technique de linking**

(par ex. les liens en profondeur, le cadrage)

## **C. Complicité pour diffusion des contenus illicites se trouvant sur le site cible**

(par ex. des MP3 illicites, des logiciels de décryptage interdits)

# Complicité à la commission d'un délit MP3 illicites : *IFPI/Beckers* (BE -1999)

- **Faits** : étudiant poursuivi en justice par l'IFPI pour avoir établi des liens vers des fichiers MP3 (action civile)
- **Base légale** (référé): interdiction demandée non pas pour contrefaçon (atteinte directe), mais pour complicité (1382 C. civ.)
- **Décision** : demande accordée

## II. Responsabilité de l'intermédiaire (hébergeur)

*IFPI/Skynet* (CA BxIs, févr 2001)

- **Faits** : pas d'hébergement de MP3 mais présence sur les sites de clients (3) hébergés par Skynet (4) de liens vers des sites de tiers (1) hébergés par d'autres intermédiaires (ISP) (2)

Skynet (4)

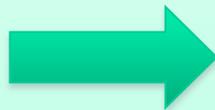


site du client (3)

autre hébergeur (2)



site d'un tiers (1)



# *IFPI/Skynet* (CA BxIs, févr. 2001)

- **Décision :**

- refus d'ordonner la cessation du stockage d'informations (hyperliens) permettant la distribution électronique et illicite de musique
- obligation de suivre une procédure de notification et suppression du contenu illicite:
  - obligations de l'IFPI: notification complète (identification des liens, pages, des morceaux du répertoire de l'IFPI, des éléments établissant *prima facie* que fichiers illicites), garantie de l'ISP
  - obligation de l'hébergeur: suppression de l'accès dans les 3 jours ou preuve que contenu licite

# Sommaire

- Introduction sur les hyperliens
- Responsabilité pour hyperlien (jurisprudence nationale)
  - I. Responsabilité pour le fournisseur de liens
    - A. Reprise des pointeurs
    - B. Responsabilité selon types d'hyperlien
    - C. Complicité pour diffusion de contenus illicites
  - II. Responsabilité pour l'intermédiaire (hébergeur)
- Hyperlien et communication au public (CJUE)
  - I. Définition de la communication au public
  - II. Applications en matière d'hyperlien

# Position du problème

- Faculté d'établir des hyperliens est protégée comme forme d'expression (art. 10 CEDH)
  - Restriction possible (art. 10(2) CEDH) si proportionnelle
    - Elle est i) légale (prévue par la loi sur le droit d'auteur) et ii) légitime (protection des droits d'autrui)
- Si établir un hyperlien vers une œuvre est une communication au public alors il faut obtenir une autorisation (préalable) pour l'établir: disproportionné?
  - Inversement disproportionné de dire: « *Le Web serait bien plus simple si l'on acceptait de considérer que toute mise en ligne d'un contenu s'analyse en une licence donnée aux utilisateurs de lier et de référencer* » (C. Manara, *Référencement et droit d'auteur, P.I.*, avril 2006/19, p. 154)

# Position de l'ALAI

- Distinction:
  - Liens profonds et de cadrage: mise à la disposition au public et 'nécessiteraient par conséquent une autorisation' (texte ALAI, 17 juin 2015, p. 2)
    - 'Ces liens offrent des oeuvres au public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement'
    - Discussion sur possibilité d'une autorisation tacite + exceptions
  - 'L'établissement d'un lien vers la page d'accueil d'un site Internet hébergeant (une) oeuvre ne constitue pas en tant que tel une communication au public de l'oeuvre' (ALAI, 2015)
- Critique du critère du 'nouveau public' (CJUE)
  - Pas de fondement dans la Convention de Berne, ni dans un autre texte international

# Sommaire

- Introduction sur les hyperliens
- Responsabilité pour hyperlien (jurisprudence nationale)
  - I. Responsabilité pour le fournisseur de liens
    - A. Reprise des pointeurs
    - B. Responsabilité selon types d'hyperlien
    - C. Complicité pour diffusion de contenus illicites
  - II. Responsabilité pour l'intermédiaire (hébergeur)
- Hyperlien et communication au public (CJUE)
  - I. Définition de la communication au public
  - II. Applications en matière d'hyperlien

# Art. 3 de la Dir. 2001/29 InfoSoc

- Droit de communication au public d'oeuvres et droit de mise à disposition du public d'autres objets protégés
  1. *Les États membres prévoient pour les auteurs 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.*
  2. *Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire 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:*
    - a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;*
    - b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;*
    - c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;*
    - d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.*

- Anciennes décisions:
  - 3 févr. 2000, C-293/98, Egeda/Hoasa
  - 14 juil. 2005, C-192/04, Lagardère
- Revirement:
  - 7 déc. 2006, C-306/05, SGAE/ Rafael Hoteles
- Décisions (depuis *Infopaq I*):
  - Sur la communication au public:
    - 22 déc. 2010, C-393/09, BeSoft
    - 4 oct. 2011, C-403/08 & C-429/08, Premier League
    - 13 oct 2011, C-431/09 & C-432/09, Airfield
    - 24 nov. 2011, C-283/10, Globus Circus
    - 15 mars 2012, C-135/10, Consorzio Fonografici v. Del Corso
    - 15 mars 2012, C-162/10, Phonographic Performance Ltd
    - 7 mars 2013, C-607/11, TV Catchup I
    - 27 févr. 2014, C-351/12, OSA
    - 31 mai 2016, C-117/15, Reha Training (gr. Ch.)
    - 16 févr. 2017, C-641/15, Hetteger Hotel Edelweiss
    - 1 mars 2017, C-275/15, TV Catchup II
  - Sur les hyperliens et la communication au public:
    - 13 février 2014, C-466/12, Svensson
    - 21 oct. 2014, C-348/13, BestWater
    - 26 Mars 2015, C-279/13, C-More Entertainment
    - 8 sept. 2016, C-160/15, GS Media
  - Pendantes (hyperliens et autres actes):
    - Filmspeler, C-527/15 et Ziggo, C-610/15

# Principales décisions de la CJUE

# Notion de communication au public

- Considérant (23):

*« La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public.*

*Ce droit doit s'entendre au sens large*

*comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication.*

*Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion.*

*Il ne couvre aucun autre acte.»*

# Aperçu de la jurisprudence

- Notion de ‘communication au public’ (hors réseaux):
  - Représenter en public (notion UE: pas applicable)
  - Communiquer les éléments protégés de matches de football dans des cafés en installant des écrans (oui)
  - Fournir des TV/radios pour écouter des programmes diffusés et des phonogrammes dans des chambres d’hôtel ou des centres de revalidation (oui)
  - Offrir l’écoute de phonogrammes chez dentiste (non)
  - Fournir un bouquet satellite de chaînes TV (oui)
  - Rendre accessible sur écran l’interface utilisateur graphique d’un jeu vidéo (non)
  - Retransmettre des programmes TV à l’aide d’un flux Internet (oui)

# Notion de communication au public

- C-403/08 and C-429/08: *Premier League (Gr. Ch.)*
  - Pas de définition de la communication au public dans la Dir. Infosoc.
  - Interprétation à la lumière des objectifs de la Dir.:  
« *instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres* » ( § 186)
    - = « rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation » ( § 109) >< 'rémunération la plus élevée possible' ( § 108)
  - Doit être interprété largement
  - Doit être conforme aux autres règles de la Dir. ('exigence de l'unité de l'ordre UE et de sa cohérence') donc même signification pour le même concept

# *Premier League* et communication au public

- Conditions pour communication au public:
  - Avoir un « public nouveau » ( § 197 et 199)
    - = « un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine»
  - Importance que la communication ait « un caractère lucratif » ( § 204-206)
    - Oui : afin d'en profiter, d'attirer plus de clients
    - Vers une approche économique du droit de communication au public?

# Sommaire

- Introduction sur les hyperliens
- Responsabilité pour hyperlien (jurisprudence nationale)
  - I. Responsabilité pour le fournisseur de liens
    - A. Reprise des pointeurs
    - B. Responsabilité selon types d'hyperlien
    - C. Complicité pour diffusion de contenus illicites
  - II. Responsabilité pour l'intermédiaire (hébergeur)
- Hyperlien et communication au public (CJUE)
  - I. Définition de la communication au public
  - II. Applications en matière d'hyperlien

# Communication au public sur les réseaux

- (25) *L'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande, au moyen de réseaux, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'objets relevant des droits voisins doit être supprimée par la mise en place d'une protection harmonisée au niveau communautaire. Il doit être clair que tous les titulaires de droits reconnus par la présente directive ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé par voie de transmissions interactives à la demande. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.*
- (27) *La simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive.*

# Svensson

- Retriever gère un site payant de veille presse et fournit des listes de liens cliquables vers des articles qui apparaissent dans une fenêtre en pop-up.
- Svensson (+ autres journalistes) ont consenti à la publication online publication de leurs articles qui sont accessibles gratuitement sur le site de leur journal.
- CJUE: 2 conditions pour communication au public:
  - Communication: couvre la fourniture de liens cliquables
    - Mise à la disposition d'un public si les personnes qui le composent peuvent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité ( § 19): simple possibilité suffit
  - Un nouveau public requis car “selon même mode technique” (Internet: communication initiale + par lien)
    - Ici: pas nouveau public car accès sans restriction au site cible

# Svensson

- Pas public nouveau → pas communication au public
  - Pas remis en cause si confusion: si “les internautes cliquent sur le lien en cause, l’œuvre apparaît en donnant l’impression qu’elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d’un autre site” ( § 29)
- Mais § 31 de l’arrêt:
  - Si contournement de restrictions sur site cible, alors le lien = “intervention sans laquelle” pas d’accès des utilisateurs, et nouveau public
    - Question des paywall (murs payants): autorisation requise
  - Si l’oeuvre plus disponible lors de communication initiale (ou si accès conditionnel) → autorisation nécessaire
    - Comp. ‘droit au déréférencement’: une nouvelle divulgation parmi les résultats de recherche d’une information personnelle (plus pertinente) → délistage

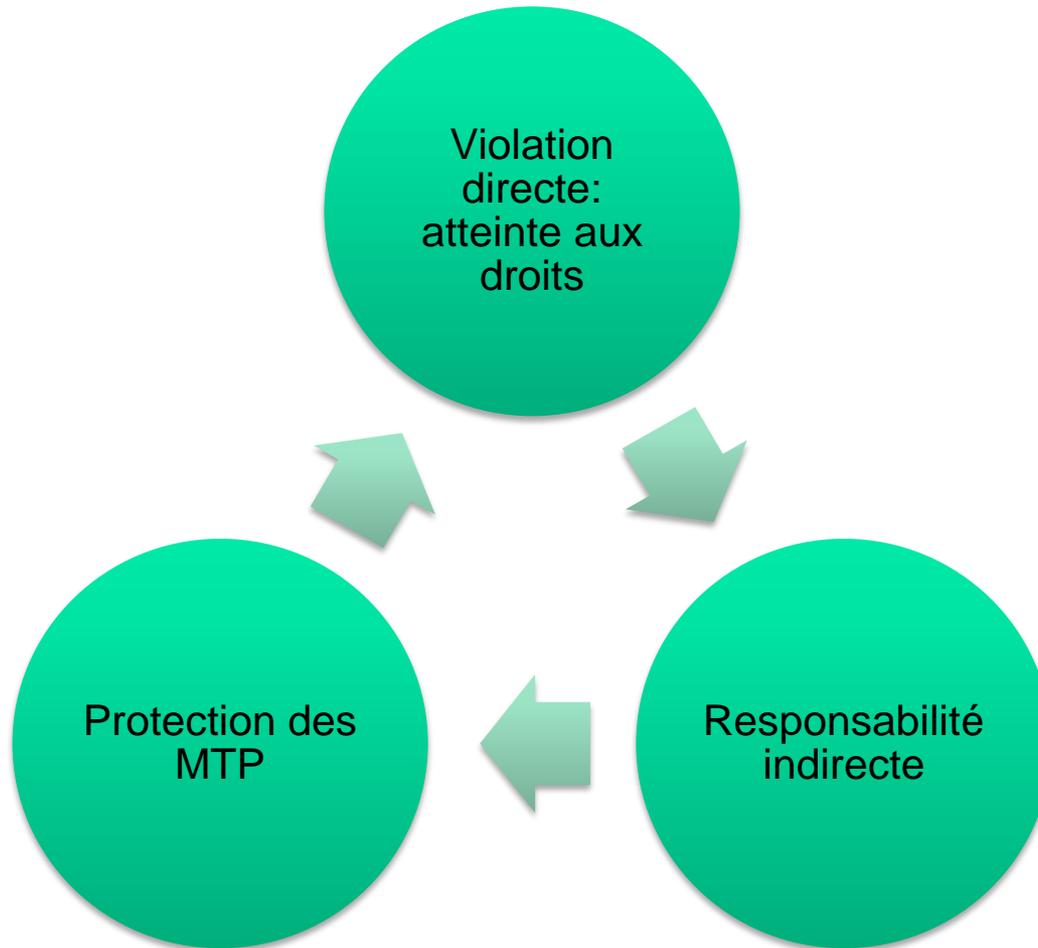
# BestWater

- BestWater a fait produire un film sur pollution des eaux pour promouvoir ses produits (filtres à eau). Concurrents ont inclus par transclusion (framing) la vidéo par ailleurs disponible sur YouTube ('donnant l'impression' que le film 'était montré depuis' leurs sites: § 5).
  - Pas clair si sur YouTube avec accord de BestWater
- Question: communication au public si (comme souligné par BGH) pas de transmission à nouveau public et pas de mode technique différent?
- Dans son ordonnance, CJEU confirme *Svensson*: pas communication à nouveau public
  - Même si « lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre protégée apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site sur lequel se trouve ce lien, alors qu'elle provient en réalité d'un autre site. » ( § 17)

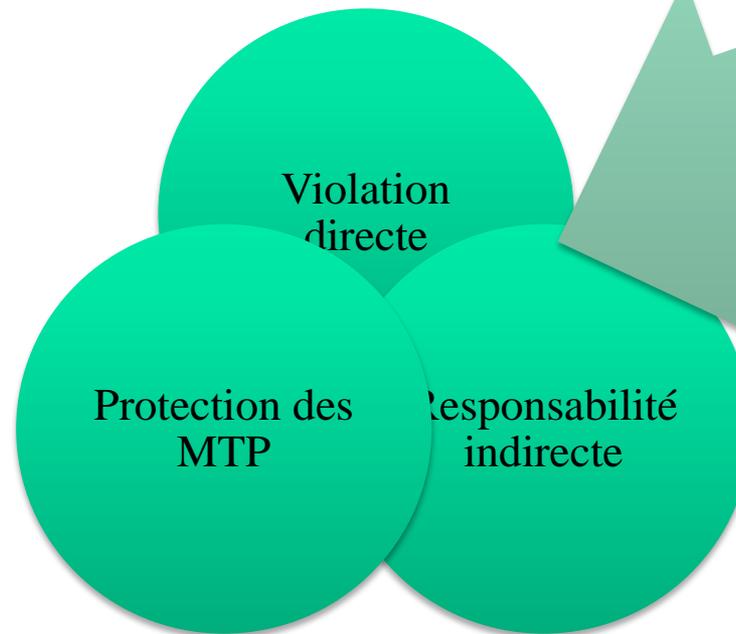
# BestWater

- CJUE laisse ouverte la question de savoir si une action pour concurrence déloyale pourrait aboutir dans le contexte du framing (+ inline linking)
- Mais condition essentielle pour CJUE: “dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible sur le site vers lequel pointe le lien Internet, il doit être considéré que, lorsque les titulaires du droit d’auteur ont autorisé cette communication, ceux-ci ont pris en compte l’ensemble des internautes comme public” ( § 18)
  - Mais pas dans dispositif de BestWater
- Cela veut-il dire que si pas d’autorisation, une responsabilité directe pour atteinte au droit de communication au public existe? Ne faut-il pas utiliser la notion de responsabilité indirecte?

# Etendue de la protection du droit d'auteur (sens large)



# Confusion de CJUE



Ce faisant, 'européanisation'  
de la notion de  
responsabilité indirecte

# GS Media c. Sanoma, Playboy, Dekker

- Faits: photos d'une jeune vedette TV (Mme Dekker) qui a posé nue pour le magazine Playboy (éditeur = Sanoma)
  - Avant que les photos paraissent dans Playboy, une personne inconnue les met sur un site australien de stockage de données en ligne (Filefactory) sans autorisation du titulaire des droits d'auteur (Sanoma)
  - GeenStijl.nl, un blog de nouvelles à sensation qui appartient au groupe GS Media, est averti de la présence de ces photos et publie rapidement un article sur l'affaire avec un hyperlien vers les photos invitant clairement les internautes à aller les consulter
    - La page contient l'invitation : "Et maintenant le lien avec les photos que vous attendiez"
  - GS Media reçoit une mise en demeure de Sanoma. Après, GeenStijl publie un nouvel article sur l'affaire, incitant par un nouvel hyperlien les visiteurs à aller visionner les photos entretemps postées sur le site Imageshack (toujours sans autorisation des ayants droit).
  - Un troisième article paraît quelques jours plus tard avec de nouveaux liens vers les photos litigieuses

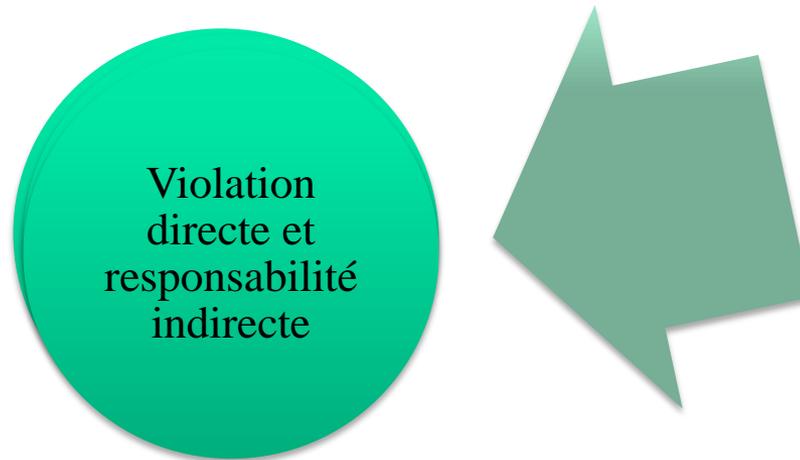
# GS Media

- Décision: résume la jurisprudence notamment *Reha Training* sur la communication au public
  - « plusieurs critères complémentaires de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres »; ils peuvent « être présents avec une intensité très variable » ( § 34)
    - 1) « rôle incontournable joué par l'utilisateur le caractère délibéré de son intervention » ( § 35)
    - 2) public = « nombre indéterminé de destinataires potentiels » ( § 36)
      - Soit mode technique spécifique (ex TVCatchup)
      - Soit pour un public nouveau (Svensson)
    - 3) « caractère lucratif » « n'est pas dénué de pertinence » ( § 38)
  - GS Media >< Svensson et BestWater où œuvres librement disponibles sur un autre site avec le consentement du titulaire

# GS Media

- Décision: placement d'hyperliens vers œuvres protégées mises en ligne sans autorisation peut constituer une communication au public si
  - **Connaissance**: celui qui a placé l'hyperlien savait (suite à notification) ou devait savoir que les liens donnent accès à une œuvre illicitement publiée sur Internet ( § 49)
    - Idem si contournement de mesures techniques
  - **Présomption de connaissance si but lucratif**: si « le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif », on peut « présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de (...) (l') œuvre et de l'absence d'autorisation de publication sur Internet » ( § 51)
- Critique: confusion complète entre atteinte directe (critère objectif) et indirecte (critère de connaissance et d'incitation)

# Aboutissement de GS Media



Ce faisant, 'européanisation'  
complète de la notion de  
responsabilité indirecte?  
Objectif d'harmonisation  
l'emporte sur les principes?

# GS Media

- **Autres critiques :**
  - Responsabilité lourde pour des sites professionnels (par ex. presse) avec innombrables liens vers pages tierces
  - Risque de renforcer l'insécurité juridique
  - Risque de faire peser des charges disproportionnées pour les sites professionnels (si but lucratif): innombrables autorisations préalables
  - Inversement: si pratique contra legem (on ne demande pas d'autorisation préalable), risque de marginalisation ou érosion plus grande encore du droit d'auteur en ligne
  - Risque de renversement du principe cardinal du droit d'auteur: autorisation préalable
  - Risque que l'exigence de connaissance soit désormais exigée dans toutes les actions (argument du défendeur: la bonne foi est élisive de la contrefaçon civile)

# Conclusion sur la responsabilité pour établissement d'hyperlien

- Mon point de vue:
  - Atteinte directe: si reproduction d'éléments protégés comme pointeurs
  - Pas d'atteinte directe (au droit de communication au public) par placement d'un hyperlien:
    - Un hyperlien n'implique pas une reproduction ou une communication au public du contenu licite référencé
- Atteinte (responsabilité) indirecte si pas d'autorisation quant au contenu référencé et facilitation/incitation
- Autre chose si actes complémentaires au placement d'hyperlien: indexation et outils de recherche
  - Affaires pendantes *Filmspeler* et *Ziggo*

# Dir. 2001/29 et harmonisation par la CJUE

*« The most important effect of the (Infosoc) Directive, at least with respect to the scope of the economic rights, is that it enables the ECJ to clarify some fundamental concepts of copyright law on a step-by-step basis »*

*« If the court takes this task seriously, copyright law could become a model for a future European private law methodology which combines broad statutory definitions familiar to Continental lawyers with the careful analysis of precedent known from common law »*

Ansgar Ohly (2011)