

Les liens hypertextes renvoyant vers une œuvre protégée sont-ils licites ?

La CJUE a dégagé de nouveaux critères pour déterminer la licéité d'un lien renvoyant vers une œuvre protégée par le droit d'auteur. Comment apprécier ces critères pour des supports, tels que les blogs ou les newsletters, dans lesquels les auteurs ont fréquemment recours à l'usage de ces liens ? Explication par deux avocats du cabinet Osborne Clarke.

1 Dans quelles conditions le **créateur d'un blog ou d'une newsletter** peut-il intégrer un lien pointant vers un site reproduisant une œuvre protégée ?

I. Licéité des liens pointant vers une œuvre régulièrement publiée sur le site d'un tiers

2 Les blogs et revues de presse, dont les contenus sont en grande partie constitués de liens vers des contenus graphiques ou multimédia ou des articles publiés sur d'autres sites, ont toute liberté pour agréger ces liens dès lors que ceux-ci pointent vers des sites sur lesquels les contenus sont publiés de manière licite avec l'autorisation de leurs ayants droit. Ces liens sont-ils également réguliers lorsque les sites auxquels ils renvoient reproduisent eux-mêmes ces œuvres sans autorisation ?

II. Conditions de licéité des liens pointant vers des œuvres reproduites sans autorisation

Evolution de la jurisprudence européenne

3 Depuis la décision Svensson (CJUE 13-2-2014 aff. 466/12), nous savions qu'un lien était licite à condition qu'il ne constitue pas une « communication au public », c'est-à-dire que le lien ne touche pas un **public nouveau** : dès lors que le lien avait pour effet d'accroître le nombre de personnes susceptibles d'accéder à l'œuvre, en l'occurrence en détournant une mesure de restriction d'accès, le lien était considéré comme illicite. Le raisonnement était donc binaire : si aucune mesure de restriction n'avait été mise

Julie Inglada intervient essentiellement auprès de clients français et étrangers sur les questions de propriété intellectuelle et de "digital business" (conseil, contrat et contentieux).



JULIE INGLADA
Cabinet Osborne Clarke,
Avocat

Claire Bouchenard intervient dans divers domaines allant de la propriété intellectuelle classique, aux problématiques liées à la publicité et au marketing, en passant par l'informatique, les données personnelles, le droit commercial et le droit réglementaire, en matière de conseil, audit, contrat et contentieux.



CLAIRE BOUCHENARD
Cabinet Osborne Clarke,
Avocat associé

en place, le lien était licite, s'il détournait une mesure de restriction, le lien était illicite.

4 Dans son arrêt GS Média (CJUE 8-9-2016 aff. 160/15 : RJDA 3/17 n° 214), la Cour a complexifié cette analyse en se référant à de **nouveaux critères**. Elle considère désormais que les liens vers des œuvres protégées et publiées sur d'autres sites internet sans l'autorisation de leurs auteurs ne constituent pas une « communication au public » lorsque la personne qui place ces liens agit sans but lucratif (C) et sans connaître l'illégalité de la publication de ces œuvres (B). En revanche, si ces hyperliens sont fournis dans un but lucratif, la connaissance du caractère illégal de ces publications sera présumée.

Dans tous les cas, lorsque une œuvre fait l'objet de mesures restreignant son accès, un lien vers cette œuvre sera automatiquement considéré comme illicite (A). Comment s'articulent ces critères dans le cas concret d'un blog ou d'une newsletter qui contient de tels liens ?

A. LE CRITÈRE DES MODALITÉS D'ACCÈS À L'ŒUVRE

5 Lorsqu'une **œuvre publiée sur internet** n'est pas librement **accessible**, c'est-à-dire qu'elle fait l'objet de **mesures**

de restriction mises en place par son auteur ou ses ayants droit de sorte qu'elle n'est disponible qu'auprès d'un public restreint (qu'il s'agisse de personnes ayant préalablement créé un compte, de personnes membres d'une entreprise ou ayant adhéré à une structure et bénéficiant d'un accès dédié, ou de clients s'étant abonnés à un service payant), le fait d'apposer sur un autre site internet un lien renvoyant vers ce contenu est illicite.

“ Un lien ne doit pas pointer vers une œuvre publiée en accès restreint ”

C'est le cas, par exemple, lorsque l'auteur d'une revue de presse en ligne renvoie par un lien hypertexte à un article dont l'accès n'est ouvert qu'aux seuls abonnés d'un site tiers, et permet ainsi à ses propres lecteurs de contourner cette restriction. Dans ce cas de figure, il y a

en effet un acte de « communication au public » puisqu'un public nouveau au-delà du public restreint choisi par les ayants droit (les lecteurs de la revue de presse qui ne sont pas nécessairement abonnés au site de presse où l'article est publié) a désormais accès à l'œuvre.

B. LE CRITÈRE DE LA CONNAISSANCE DU CARACTÈRE ILLICITE

6 Lorsqu'au contraire une œuvre est librement accessible sur internet sans mesure de restriction, on s'attachera à vérifier si l'auteur du lien pointant vers un site tiers avait connaissance ou non du fait que cette œuvre y était publiée sans le consentement de ses ayants-droit. Dans ce cas, le lien est en principe licite dès lors que « la personne ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre a été publiée sur internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur » (Décision GS Média, point 47).

Si au contraire cette personne sait ou ne peut ignorer que le lien renvoie vers un site où l'œuvre est illégalement publiée, il s'agit d'une communication au public illicite.

La connaissance effective

7 La connaissance du caractère illicite de la publication de l'œuvre sur le site vers lequel pointe le lien peut être prouvée par tout moyen. Mais généralement, on ne pourra prouver que l'auteur du lien avait effectivement connaissance de ce caractère illicite que lorsqu'il en aura été alerté par les ayants droit de l'œuvre. On retrouve ici une solution qui se rapproche du régime de responsabilité de l'hébergeur (au sens de l'article 6, 2° de la loi 2004-575 du 21-6-2004 pour la confiance dans l'économie numérique), qui est responsable des contenus hébergés seulement lorsqu'ils sont manifestement illicites ou que leur caractère illicite aura été porté à sa connaissance.

8 Concrètement, on considérera que le lien placé sur un site ne constitue une contrefaçon qu'une fois que l'auteur du lien se sera vu notifier le caractère illicite de la publication sur le site source. C'était d'ailleurs le cas dans la décision GS Média, puisque la plateforme litigieuse apposaient régulièrement de nouveaux liens renvoyant vers des sites publiant les mêmes photographies, pour lesquelles la plateforme avait déjà été avertie du fait que ces photographies étaient publiées sans autorisation. Pourtant, à chaque nouvelle notification des ayants droit, la plateforme répertoriait de nouveaux liens vers d'autres sites renvoyant

toujours vers les mêmes images, et ce, en parfaite connaissance de cause.

“ L'auteur d'un blog qui n'est pas animé dans un but lucratif n'a pas à mener de vérification avant de créer un lien ”

La connaissance raisonnable

9 Sans que le caractère illicite du site source n'ait été effectivement porté à la connaissance de l'auteur du lien hypertexte, ce lien sera également considéré comme illicite s'il apparaît évident que le site vers lequel il renvoie reproduit une œuvre sans autorisation. Autrement dit, s'il existe des faits et des circonstances qui font que l'auteur du lien « devait savoir » que le contenu était contrefaisant, ce lien sera illicite.

10 En pratique, l'auteur d'un blog ou d'une newsletter n'a pas à mener de vérification préalable pour s'assurer que chaque site vers lequel il pointe bénéficie du consentement des ayants droit pour reproduire les textes, images ou vidéos référencés, et ces liens ne seront pas considérés comme illicites sous réserve qu'ils ne proviennent pas de sites clairement « suspects » (par exemple dédiés à la contrefaçon). En revanche, une fois qu'il se sera vu notifier le caractère illicite de la publication, l'auteur du blog ou de la newsletter devra agir promptement pour retirer l'accès à l'œuvre litigieuse et ce, quels que soient les sites où cette œuvre est illégalement publiée et pour tous les liens permettant d'y accéder.

C. LE CRITÈRE DU BUT LUCRATIF

11 Pour que la communication au public soit licite, encore faut-il que l'auteur du lien agisse dans un but non lucratif. L'appréciation de la licéité du lien hypertexte diffère, en effet, selon la finalité lucrative ou non de l'opération : il s'agit là de la nouveauté majeure introduite par la décision GS Média.

L'enjeu du but lucratif : une présomption simple de connaissance du caractère illicite

12 Dans sa décision GS Média, la CJUE a considéré que, lorsque la personne qui place des liens hypertextes agit dans but

lucratif, « il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertextes ». Il existe une présomption de connaissance « de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur ».

13 L'auteur d'un blog ou d'une newsletter est donc soumis à un devoir de vigilance dès lors qu'il poursuit un but lucratif et devra réaliser les vérifications nécessaires quant à la licéité des publications auxquelles il renvoie. De manière concrète, l'auteur devra vérifier scrupuleusement les sites sources vers lesquels il pointe, la manière dont les œuvres sont reproduites, créditées, et si ces publications font l'objet d'autorisations de la part des ayants droit.

Il sera présumé savoir si l'œuvre auquel il renvoie est protégée et si sa publication sur le site qu'il référence est licite ou non, sauf s'il parvient à démontrer qu'il ne savait pas que le site visé avait mis à disposition l'œuvre concernée sans autorisation de ses ayants droit.

14 En pratique, il paraît assez difficile pour l'auteur d'un blog ou d'une newsletter d'apporter la preuve négative de ce qu'il « ne savait pas » que les publications sources étaient illicites, sauf peut-être à ce qu'il puisse justifier d'un certain nombre de diligences effectuées au préalable et qui lui auraient donné tout lieu de croire que les contenus étaient reproduits de manière licite (alors qu'ils ne l'étaient pas). A moins qu'il ne puisse éventuellement prouver qu'il était dans l'impossibilité matérielle d'opérer de telles vérifications ?

15 A ce titre, on notera que la Cour fédérale allemande a très récemment refusé d'appliquer le principe de la présomption de connaissance du caractère illicite des sources référencées à Google Images, au motif que l'on ne pouvait exiger du moteur de recherche, bien que poursuivant un but lucratif, de vérifier si chacune des images automatiquement référencées avait été publiée légalement sur internet et ce, notamment au regard de l'importance particulière que revêtent les liens hypertextes quant au bon fonctionnement d'Internet et la communication d'informations sur ce réseau (Bundesgerichtshof 21-9-2017 (I ZR 11/16)).

La notion de but lucratif

16 La CJUE ne livre aucune définition du « but lucratif », ni aucun indice quant

à la manière d'apprécier la finalité lucrative ou non de l'opération.

En pratique, le **but lucratif** est évidemment **caractérisé** quand la personne qui place un lien hypertexte sur son média perçoit directement un paiement de la part de ses abonnés (comme c'est le cas pour une newsletter payante) ou lorsque cette personne est rémunérée indirectement par l'intermédiaire de la publicité mise en place sur son site (comme c'est le cas pour les blogs monétisés).

17 Hormis ces cas de figures spécifiques, le **blog ou la newsletter** représentent rarement une source directe de revenus pour leurs auteurs. Pour autant, ne peut-on pas considérer que ces supports sont créés et animés dans un but lucratif dès lors qu'ils permettent d'apporter trafic, visibilité, et in fine **promotion de l'activité** de leurs auteurs ? On pourrait considérer par exemple que le blog d'une marque célèbre, du dirigeant d'une entreprise ou d'un auto-entrepreneur, dès lors qu'ils sont animés à titre professionnel ou qu'ils se rattachent à l'activité professionnelle de leur auteurs, sont opérés dans un but lucratif...

18 Si l'on se réfère aux **critères appliqués par le droit fiscal**, l'activité sera considérée comme relevant du but lucratif dès lors qu'elle n'est pas désintéressée (c'est-à-dire guidée par la recherche de profit), qu'elle concurrence une entreprise commerciale (qui exercerait une activité identique), et qu'elle est exercée dans des conditions similaires à celle d'une entreprise commerciale (au regard des produits, du public, des prix, et de la publicité).

*“ La newsletter
d'un cabinet
d'avocats pourrait
être qualifiée
d'activité
à but lucratif ”*

19 La newsletter d'un cabinet d'avocats pourrait venir concurrencer une revue juridique commerciale, un blog consacré à la mode ou à la décoration pourrait être assimilé à l'activité commerciale d'un magazine de mode distribué à titre gratuit, et ainsi être qualifiés d'activité à but lucratif.

Ainsi, lorsque qu'un blog ou une newsletter est opéré au-delà d'un simple contenu amateur, mais qu'il se rattache ou est assimilable à une activité professionnelle (même non génératrice de revenus directs), il n'est pas exclu qu'il puisse être considéré comme relevant d'une activité « à but lucratif ».

Prise en compte du critère par le droit interne

20 La **Cour de cassation française** ne s'est pas prononcée sur ces questions postérieurement à l'arrêt GS Média. Jusqu'à présent, pour déterminer si un lien hypertexte était constitutif ou non de contrefaçon, la Cour de cassation opérant une distinction entre les liens renvoyant clairement vers d'autres sites et les liens par incorporation. Si elle a pu caractériser un acte de représentation lorsque un lien permet de visionner directement une œuvre protégée sur le site où se situe le lien hypertexte (ce que l'on désigne comme un **lien par incorporation** qui « s'accapare le contenu stocké sur un site tiers »), elle semble considérer a contrario qu'un **lien « simple »** ne communique nullement une œuvre mais ne fait qu'aider l'internaute en lui indiquant un chemin permettant de la visionner directement sur le site source (Cass. 1^{er} civ. 12-8-2012 n^o 11-13.666 FS. PBI ; Bull. civ. I n^o 166 ; Cass. 1^{er} civ. 31-10-2012 n^o 11-20.480 F-D).

Conclusion

21 L'arrêt GS Média a intégré une notion de « bonne foi » dans l'appréciation du caractère contrefaisant ou non d'un lien hypertexte (notion que le juge français ignore en matière de contrefaçon) : le lien n'est illicite que si son auteur sait ou

EN RESUME

L'**auteur d'un blog rémunéré ou animé à titre professionnel** devra désormais prendre soin de vérifier scrupuleusement les sources vers lesquelles renvoient les liens qu'il référence, sous peine d'être considéré de fait comme connaissant le caractère illicite de ces publications, présomption qu'il aura le plus grand mal à renverser. Tandis que l'**auteur d'un blog amateur** bénéficiera d'une plus grande indulgence et ne sera responsable que si le caractère illicite de ses sources paraît patent ou lui aura été notifié.

devait savoir qu'il était illicite, mais il ne pourra se prévaloir de sa bonne foi que s'il agit à but non lucratif.

22 On peut regretter que la CJUE ne s'attache plus au seul fait objectif de la communication au public (si oui ou non un public nouveau est touché), critère qui avait le mérite d'offrir une **grille de lecture** plus claire. Ainsi, il faut prendre en compte l'**intention subjective** de l'auteur (sa volonté ou non de communiquer en connaissance de cause de manière illicite), qui n'est pourtant pas pertinente en matière de responsabilité civile contrairement au délit pénal, ainsi que la finalité poursuivie par l'auteur (s'il agit à but lucratif ou non), critère qui, en ce qui concerne certains médias comme les blogs ou les newsletters, constitue une frontière très floue et implique une grande incertitude quant à la solution retenue.

23 On notera enfin que cette solution n'a été appliquée en l'état qu'au cas de liens renvoyant vers des sites publiant des œuvres « **authentiques** » sans autorisation, et non au cas de liens renvoyant vers des sites reproduisant une œuvre qui serait elle-même **contrefaisante**, mais elle semble pouvoir être transposée.