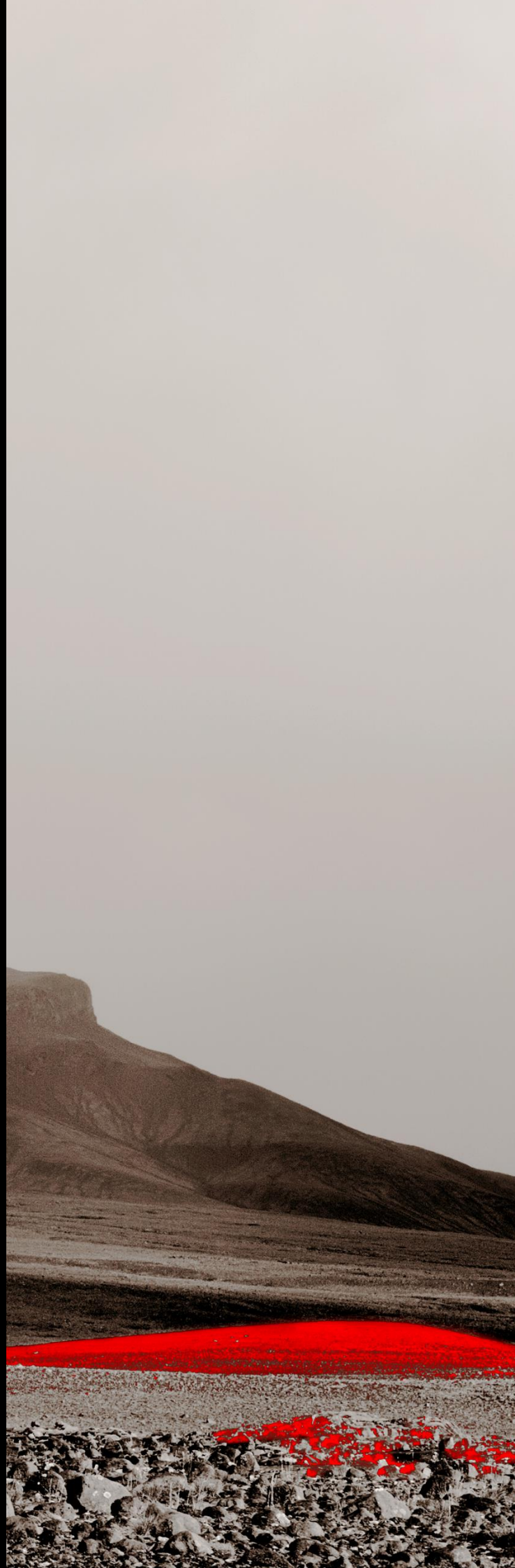


*GS MEDIAaaaargh !*

**Valérie-Laure Benabou**



**Découragement.** Il est un moment où même les plus fervents partisans de la construction européenne finissent par se désespérer. Il n'est pas ici question de gloser sur l'attitude inacceptable et politiquement irresponsable de commissaires européens à l'éthique plus squelettique que l'os de poulet d'Hansel et Gretel mais du droit d'auteur et du traitement que la Cour de Justice lui réserve. La conviction chevillée au corps que la Cour tricotait maille par maille « *une jurisprudence* », avec des accrocs parfois, peut-être, mais qu'à la fin le tissu serait cohérent, s'effiloche au fur et à mesure que les décisions, toujours plus nombreuses, tombent et s'entrechoquent. Suivant cette jurisprudence depuis maintenant vingt-cinq ans, j'ai toujours tâché d'en faire jaillir les lignes de force, d'en souligner la cohérence voire l'agilité pour se sortir de situations piégeuses. Mais, pour la première fois, à la lecture de l'arrêt [GS Media](#) du 8 septembre 2016 un sentiment de profond découragement m'envahit accompagné d'une envie de jeter l'éponge. A quoi bon ? A quoi bon tenter de créer du sens et de l'unité, là où tout n'est plus que solution d'opportunité et casuistique ?

**Incohérence.** Dernièrement, pourtant, il avait semblé que les choses s'éclaircissaient un peu sur la notion de communication au public dans les décisions de la CJUE. L'affaire [Reha Training](#), rendue en grande chambre le 31 mai 2016 avait, par exemple, rompu avec la jurisprudence délicate, inaugurée dans l'arrêt *Del Corso*, qui conduisait à distinguer la notion selon qu'elle se traduisait par l'exercice d'un droit exclusif ou par un simple droit à rémunération. La position était acrobatique et difficilement justifiée au regard des logiques de cohérence de l'acquis censées prospérer devant une juridiction en quête d'harmonisation et il était donc heureux que les juges adoptassent une interprétation unitaire de la communication au public. Heureux pour la limpidité du droit, pas nécessairement pour les intérêts des titulaires... Mais soit, au moins la solution avait le mérite d'être claire et homogène.

Ce même arrêt *Reha Training* avait encore minoré l'importance du critère de « but lucratif », le reléguant à un rang secondaire, utile seulement à la détermination de la rémunération liée à l'acte de communication et non à celle de l'acte lui-même. La nuance semble certes fine mais elle n'en est pas moins importante. Retenir le but lucratif comme élément caractéristique d'un acte de communication au public, c'était restreindre la capacité des ayants droit de s'opposer à des diffusions de leurs œuvres dès lors qu'elles étaient dépourvues de ce but lucratif mais aussi au-delà, limiter le champ du droit d'auteur aux seules opérations économiques et spéculatives, à rebours du cadre plus large qui est le sien et qui entoure plus généralement la communication de la création. Il était donc heureux, à nouveau, que les juges se départissent de cette approche mercantile et qu'ils reléguassent la notion de but lucratif, là où elle méritait d'être : au stade des calculs de dommages-intérêts. Le fait que la Grande Chambre de la CJUE, équivalant approximatif des chambres réunies, ait rendu la décision laissait entrevoir l'espoir d'une stabilisation de la situation.

**Corps du délit.** Las ! *GS Media* attendait en embuscade. Pour ceux qui n'ont pas suivi l'affaire – mais ceux-là n'ont aucune chance de lire ce post de blog -, il s'agissait d'un site ouvertement récalcitrant à obtempérer et à renoncer aux perspectives de profits que lui offraient les liens vers une photo d'une animatrice néerlandaise dénudée mise en ligne sans le consentement du photographe d'abord à partir d'un site australien Filefactory.com puis du site Imageshack.us. Bien qu'il fut averti à plusieurs reprises du caractère illicite de la diffusion primaire, le site fit mine de rien et continuait gaiement à pointer vers de nouveaux sites tout aussi contrefacteurs dès lors que la photo était retirée du site source à la demande des titulaires. De cette manière, à partir de leurs pages et par le truchement d'un lien, il était toujours possible d'accéder à ladite photo, quelle que soit son adresse d'origine. Un procès s'en était suivi et la cause étant délicate, le juge national avait préféré transférer « la patate chaude » à la Cour de Justice pour ne pas avoir à décider lui-même. La question préjudicielle posée par la Cour de Cassation néerlandaise, en substance, revenait à celle-là : le fait de pointer vers un site sur lequel se trouve une photo communiquée sans le consentement du titulaire de droit d'auteur constitue-t-il un acte de contrefaçon ?

Deux options qui se présentaient devant la Cour (I), parmi lesquelles les juges ont choisi de qualifier le lien pointant vers une œuvre contrefaisante d'acte de communication au public, en introduisant certaines nuances liées à des considérations d'équité mais susceptibles de perturber grandement les critères de

détermination du droit (II). Plutôt que d'introduire des considérations subjectives propres à dénaturer l'essence même du régime civil de la propriété intellectuelle, il convient de repenser un régime juridique adéquat pour le lien, permettant de préserver la liberté de lier, tout en permettant aux titulaires d'être associés à l'opération de lier lorsqu'elle engendre une communication de la forme de l'œuvre depuis le site du pointeur (III).

## I. Le choix entre l'application du droit de communication au public et son rejet pour le lien

La Cour de Justice dans l'arrêt GS Média avait à trancher entre deux positions vis-à-vis de la qualification du lien, soit elle reprenait les principes de l'arrêt Svensson (A), ce qu'elle a choisi de faire, soit elle suivait les conclusions de son avocat général, hostile à la caractérisation d'un acte de communication au public (B).

### A. La reprise des principes de l'arrêt Svensson

**Le lien, acte de communication au public. Retour sur Svensson.** Pour cela, il fallait bien entendu admettre que le simple fait de lier (non pas la transmission initiale dont personne ne doute, à tout le moins j'espère, qu'elle est contrefaisante) vers ces contrefaçons constituait un acte de communication au public des œuvres en question. La question n'était pas tout à fait nouvelle puisque l'arrêt *Svensson* et à sa suite, l'arrêt *BestWater* avaient déjà jugé qu'un lien pouvait, dans certaines circonstances, être qualifié d'acte de communication au public. La solution était déjà très alambiquée. Afin de parvenir à un résultat politiquement soutenable pour les partisans de la liberté de lier, la Cour avait rendu un jugement de Salomon accordant tout à la fois aux ayants droit la qualification d'acte de communication au public pour le lien – quel qu'en soit la technique- et en leur en retirant presque aussi vite le bénéfice, considérant que l'acte n'est sujet à autorisation que lorsqu'il dirige vers une œuvre « verrouillée » par les soins des titulaires et que le lien offre une opportunité unique d'y avoir accès par un moyen détourné. Le critère utilisé, non sans une certaine intelligence, était la notion de public nouveau – déjà employé à plusieurs reprises dans des affaires de retransmission d'œuvres, notamment dans les chambres d'hôtels.

Mais alors que ce critère avait conduit à étendre le champ des droits des titulaires en Espagne à la suite de l'arrêt *SGAE*, il est ici instrumentalisé à une toute autre fin. Le raisonnement posé se faisait en plusieurs temps :

- Temps 1 : le lien constitue un acte de communication au public, quel que soit sa technique (il est indifférent qu'il s'agisse d'un lien simple ou d'une transclusion, nous y reviendrons)
- Temps 2 : cette communication constitue une communication secondaire par rapport à la communication primaire opérée sur le site où se trouve l'œuvre mise à disposition du public
- Temps 3 : puisqu'il s'agit en quelque sorte d'une retransmission, cet acte n'est susceptible d'être autorisé *que s'il* se dirige vers un public nouveau (renversement de la prémisse)
- Temps 4 : Si l'œuvre demeure librement accessible sur internet, tout un chacun peut y avoir accès et la personne qui opère un lien ne réalise pas une communication à un public nouveau dans la mesure où il s'agit du même public que celui qui consulte l'œuvre en se rendant de son propre gré au lieu d'émission

Résultat : si les ayants droit n'entourent pas l'accès de leur propriété de barbelés, ils ne peuvent pas se plaindre que quelqu'un passe chez eux en y étant amené par un tiers puisque cette personne aurait pu s'y rendre en tout état de cause. Ils ne peuvent pas se plaindre non plus d'un manque à gagner puisqu'in fine, le poseur de lien génère un trafic vers eux : le cercle est vertueux. Peu importe que le pointeur gagne de l'argent en opérant cette activité de « reroutage », cette considération étant totalement absente des préoccupations des juges.

On pouvait déduire de *Svensson* déjà, a contrario, que si, en revanche les liens pointaient non pas vers un site autorisé par les ayants droit mais vers un lieu de contrefaçon, le paravent de l'absence de public nouveau tombait et conduisait à considérer que le pointeur de lien réalisait une communication au public



et partant une contrefaçon. La situation était binaire : le lien pointe vers une source ouverte avec le consentement des titulaires et son auteur ne réalise pas d'acte de communication au public donnant lieu à autorisation préalable / le lien pointe vers la source verrouillée par le titulaire et réalise un détournement de la protection ou vers une source étrangère et contrefaisante et son auteur est lui-même contrefacteur. Du moins c'est ce que l'on croyait comprendre...

**Incertitudes quant à la condition d'accès ouvert.** La situation n'était pas limpide, notamment parce que personne n'avait pris la peine de dire comment les titulaires devaient comprendre la condition d'ouverture : suffisait-il d'interdire le lien dans les conditions générales d'utilisation pour fermer l'accès ou fallait-il des mesures techniques de protection et si oui, devaient-elles être sur le site, sur l'œuvre ? Devaient-elles être efficaces ? Si d'ailleurs on devait répondre oui à toutes ces questions, on admettrait aussi que la contrefaçon n'interviendrait qu'en cas de détournement d'une mesure technique protégée au sens de la directive 2001/29, au terme, là encore, d'un fabuleux renversement de perspective. En effet, la logique des mesures techniques de protection était en principe de prêter main forte aux titulaires pour les aider à lutter contre la contrefaçon et non de les forcer à s'en doter pour caractériser, par leur violation, la contrefaçon... L'arrêt *Svensson* ouvrait la porte à une inversion de la charge de la preuve, le titulaire étant en quelque sorte mis en position de démontrer qu'il avait suffisamment sécurisé son accès pour pouvoir contester le lien entrant et le détournement de public. Un « opt out » qui ne dit pas son nom : si vous ne voulez pas qu'on pointe vers vous, fermez la porte car, à défaut, vous serez présumés autoriser le lien.

**Fragilité de la solution pour les liens.** Enfin, la solution *Svensson* était boiteuse et peu sécurisante pour les poseurs de liens. Elle conduisait à considérer un même acte comme relevant ou non d'une autorisation du titulaire, le plus souvent en fonction du comportement d'un tiers que le pointeur pouvait, de bonne foi, ignorer. La source étant librement accessible, ce dernier pouvait légitimement espérer qu'elle était mise à disposition avec le consentement du titulaire. Dès lors, le pointeur diligent aurait dû, pour éviter le risque d'être contrefacteur s'assurer préalablement que le site de destination mettait bien à disposition l'œuvre avec le consentement des titulaires. Cette recherche est, il faut le dire, totalement hors de proportion avec la pose d'un lien dans la plupart des cas. Les coûts de transaction induits par la recherche de la chaîne des droits sont très élevés au regard de la simple activité qui consiste à lier vers une ressource ; l'évolution des situations est difficile à appréhender, notamment lorsque le lien pointait vers une source licite qui ne l'est plus, etc. Eu égard à l'architecture hypertextuelle du web, imposer une telle charge à tout poseur de lien est tout simplement irréaliste. Bien évidemment, il n'est pas dans l'intention des titulaires de reprocher à un individu de pointer par un lien hypertexte qu'il faut cliquer vers son contenu mais plutôt d'appréhender les activités dans lesquelles le pointeur capte pour lui l'attention produite par l'œuvre (transclusion) et/ou détourne le public de la source licite de diffusion (ferme des liens). Il n'empêche, en établissant un système qui ne distingue pas selon les liens et qui crée une incertitude majeure quant à la licéité de l'acte, la Cour s'était embarquée dans une construction illogique et illisible.

## **B. La position de l'avocat général et les raisons de l'hostilité à la qualification**

**GS Média. Conclusions de l'Avocat général.** Et *GS Média* dans tout cela ? L'affaire venait justement préciser la situation dans laquelle l'œuvre-destination du lien avait été mise à disposition du public sur internet sans le consentement du titulaire, circonstance que le site pointeur ne pouvait ignorer puisqu'il avait été mis plusieurs fois en demeure de cesser cette liaison dangereuse et qu'il avait néanmoins renouvelé l'opération à chaque fois que la source illicite changeait d'origine pour assurer la continuité de l'accès à l'œuvre depuis son propre site. Appliquer la solution *Svensson* aurait dû naturellement conduire à condamner le poseur de liens pour contrefaçon dans la mesure où, joignant un public nouveau qui n'avait pas été pris en compte par le titulaire de droit au moment de la mise en ligne (et pour cause puisqu'elle n'était pas autorisée), il réalisait bien une communication non autorisée à un public. L'inquiétude est venue des conclusions de l'avocat général Wathelet qui proposait de suivre un tout autre raisonnement et de considérer que la licéité de la source du lien ne devait pas être prise en considération. Il invitait donc la Cour à considérer qu'il n'y avait pas là matière à communication au

public au sens du droit d'auteur. Cette position était notamment soutenue par le Portugal, la Slovaquie, l'Allemagne et la Commission européenne dans les observations formulées auprès de la CJUE. Quant à la France elle estimait, au contraire, que l'accord ou l'absence d'accord du titulaire sur la mise à disposition de l'œuvre sur le site pointé et l'éventuelle connaissance de cette absence d'accord « *ne sont pas pertinents pour la qualification de «communication au public».*

Pour l'avocat général : « *S'il est vrai que les hyperliens placés sur un site Internet facilitent largement la découverte d'autres sites ainsi que des œuvres protégées disponibles sur ces sites et par conséquent offrent aux utilisateurs du premier site un accès plus rapide et direct à ces œuvres, (...) les hyperliens qui conduisent, même directement, vers des œuvres protégées ne les «mettent pas à la disposition» d'un public lorsqu'elles sont déjà librement accessibles sur un autre site mais ne servent qu'à faciliter leur découverte.* » (point 54) Estimant par ailleurs que l'intervention du pointeur n'est pas « *indispensable* » pour cette mise à disposition puisque l'œuvre était librement accessible sur le site d'origine, il ne pouvait y avoir d'imputabilité d'un acte de communication au public, faute pour l'acte de réunir les conditions cumulatives de la qualification posée par la jurisprudence antérieure de la Cour et requérant l'intervention d'un utilisateur incontournable (points 61 et 62).

En d'autres termes, l'avocat général estimait que l'acte de communication initiale absorbe l'ensemble de la qualification puisqu'in fine c'est vers ce site que les internautes seront renvoyés et que la diffusion ne s'opère qu'en ce lieu. Pour lui, le lien offre une facilitation d'accès mais ne met pas l'œuvre à disposition du public. Il invitait donc à abandonner la jurisprudence *Svensson* qui avait admis au contraire que le lien réalisait une telle communication. L'option était radicale : nul besoin de gloser sur la licéité de la source, dès lors que l'œuvre est librement accessible quelque part sur internet, même en violation flagrante des droits d'auteur, c'est à cet endroit seulement que s'opère la diffusion, l'intervention du pointeur étant pratique mais non nécessaire à l'accès à l'œuvre. Cette analyse était également portée par plusieurs auteurs de la doctrine européenne, et notamment certains membres de la [European Copyright Society](#).

A titre surabondant, l'avocat général avait répondu aux autres questions préjudicielles, considérant que si l'acte de communication devait être retenu, il n'était pas en revanche pertinent d'appliquer le critère de public nouveau, lequel n'a de sens que si la communication initiale a été autorisée par le titulaire (point 67, visant l'arrêt *Premier League*). Allant plus loin dans l'hypothèse, il estimait que même à reprendre le public nouveau, cette condition n'était pas remplie en l'espèce puisque l'intervention du pointeur n'était pas indispensable pour que les œuvres soient mises à disposition. Il jugeait donc qu'à supposer l'acte de communication caractérisé – la mise à disposition –, il ne pouvait pas être qualifié de communication au public, faute de toucher un autre public que le public d'origine. Pour que le lien soit ainsi qualifié, il eut fallu qu'il permette de contourner des mesures de restrictions mises en œuvre pour restreindre l'accès aux œuvres protégées.

Enfin, l'avocat général estimait impossible de couvrir le placement de liens par le droit de communication au public pour des raisons de principe. Il souligne en effet que si « *les circonstances en cause dans l'affaire au principal sont particulièrement flagrantes (...), en règle générale, les internautes ne savent pas et ne disposent pas de moyens pour vérifier si la communication au public initiale d'une œuvre protégée librement accessible sur Internet a été faite avec ou sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. Si les internautes sont exposés aux risques de recours pour violation des droits d'auteur en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 chaque fois qu'ils placent un hyperlien vers des œuvres librement accessibles sur un autre site Internet, ils seraient beaucoup plus réticents à les y placer, et ce au détriment du bon fonctionnement et de l'architecture même d'Internet ainsi que du développement de la société de l'information.* » (point 78) et de conclure « *En tout état de cause, je considère qu'une extension de la notion de «communication au public» qui couvrirait le placement des hyperliens vers des œuvres protégées librement accessibles sur un autre site Internet nécessiterait l'intervention du législateur européen.* » (point 79).

Après avoir ainsi douché les espoirs des ayants droit sur leur capacité à qualifier le lien de communication au public, l'avocat Wathelet avait toutefois ajouté tout un développement visant à rappeler la possibilité, fondée sur les articles 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 et 11, troisième phrase, de la directive 2004/48, de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des exploitants des sites, qui agissent en tant qu'intermédiaires au sens de ces dispositions, étant donné que leurs services sont susceptibles d'être utilisés par des utilisateurs de tels sites pour porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Notons en passant que cette hypothèse ne visait pas le site GS Média, qui donc ne figurait pas, aux yeux du magistrat, au nombre des intermédiaires visés.

Bref, après cette sortie, les titulaires voyaient déjà s'effondrer toute l'économie du droit d'auteur sur Internet. En effet, si l'application du droit exclusif à tout hyperlien pouvait sembler impraticable à l'avocat général, il n'était pas plus réaliste de laisser la porte ouverte aux contrefacteurs de tous poils : comment rester « compétitif » avec des sites contrefaisants en permettant joyeusement à tout le monde de pointer vers eux et d'augmenter ainsi leur visibilité et leur trafic ? Ne resterait plus comme alternative aux titulaires pour pouvoir exploiter leurs droits à trouver des mesures techniques inviolables – ce qui n'existe pas – pour tenter de limiter les fuites et d'assigner sans relâche les sites contrefaisants et/ou les intermédiaires pour qu'ils fassent cesser l'atteinte. Ici ce sont les coûts de litige qui sont hors de proportion avec des perspectives d'exploitation rentable des œuvres. Seuls quelques rares ayants droit pourraient se permettre un tel investissement, entraînant une protection à plusieurs vitesses. Et même pour les plus riches, dans ce cas, pourquoi passer encore par le droit d'auteur ? Il suffirait de verrouiller l'accès au site – quelle que soit la nature du contenu – et de se plaindre ensuite de l'intrusion dans un système automatisé de traitement de données pour poursuivre. Nul besoin d'avoir à démontrer l'originalité de l'œuvre, la titularité, etc...

**Solution.** Ainsi, les Cassandres annonçaient la mort de la propriété intellectuelle si la Cour devait suivre les conclusions de l'avocat général. C'est donc avec une inquiétude certaine que la décision était attendue, la Cour ayant même entretenu le suspense en repoussant la date du délibéré de plusieurs semaines. Le 8 septembre 2016 allait-il sonner le glas du droit d'auteur ? Non. A priori, les juges ont joué la prudence et n'ont pas suivi les conclusions hardies de leur avocat général, ni les observations du service juridique de la Commission, du Portugal, de la Slovaquie ou encore de l'Allemagne. Ils ont sagement confirmé la jurisprudence *Svensson*, jugeant que le fait de placer des liens vers des œuvres protégées constitue bien une communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29. Les titulaires pouvaient souffler, le pire était à craindre mais ils l'avaient évité.

**Complexité et risque de dénaturation.** Mais est-ce bien le cas et y-a-t-il matière à se réjouir ? Tout au contraire, l'arrêt nous embarque dans des raisonnements alambiqués, revient sur sa jurisprudence antérieure de telle manière qu'il n'est aujourd'hui plus possible de dire ce qu'est un acte de communication au public et d'en prévoir la réalisation. En voulant tout à la fois qualifier les liens vers des œuvres d'acte de communication au public d'icelles et leur appliquer un régime sauvegardant une certaine liberté de lier, la Cour a dégagé des critères qui, si on les généralise, dénaturent complètement les principes du droit d'auteur. L'alternative n'est guère plus réjouissante puisque si la solution retenue a vocation à se limiter aux liens – ce qu'à aucun moment la Cour ne précise -, il en résultera en tout état de cause une impression de chaos et d'incertitude quant à la détermination du droit de communication au public.

## **II. Une admission conditionnelle du droit de communication au public pour le lien pointant vers des sites illicites**

La Cour de Justice, en reprenant les principes de l'arrêt *Svensson* a voulu sortir de l'embarras lié à une application systématique de la contrefaçon lorsque la source est illicite en tricotant une solution d'une grande complexité (A). Ce souci d'équité la conduit à dégager de nouveaux critères et à commettre plusieurs erreurs d'analyse susceptibles de déteindre sur les règles de qualification du droit de communication au public, au-delà de la seule question de lien, administrant ainsi un remède plus dangereux que le mal (B).



## A. L’embarras de la CJUE quant à la connaissance du caractère illicite

**Retour sur les critères.** La Cour entonne d’abord un air connu : le haut degré de protection des titulaires visé par l’harmonisation, la balance des intérêts résultant de la conciliation des droits en présence, la caractérisation du droit de communication au public qui suppose un acte de communication et un public... Elle cite abondamment les précédents pour s’arrêter plus particulièrement sur l’arrêt *PPL* qui a précisé que la notion de « *communication au public* » implique une « *appréciation individualisée* » et la méthode de la « *combinatoire molle* » (voir mon commentaire sur *Reha Training* dans le *Daloz IP/IT* de Septembre) selon laquelle : « *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* ». Elle égrène ensuite les différents critères retenus dans ses décisions antérieures :

- le rôle incontournable joué par l’utilisateur et le caractère délibéré de son intervention, lequel intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à ses clients accès à une œuvre protégée, et ce notamment lorsque, en l’absence de cette intervention, ces clients ne pourraient, en principe, jouir de l’œuvre diffusée (*PPL*) ;
- le public qui vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important (*Del Corso, PPL*) ;
- l’alternative entre le mode technique spécifique et le public nouveau pour caractériser la communication (*ITV Broadcasting, Svensson, BestWater*)
- le caractère lucratif (*Premier League, PPL, Reha Training*), pour conclure que c’est au regard de ces différents critères qu’il convient de répondre à la question posée.

**Le lien vers une diffusion illicite.** Vient ensuite l’interprétation a contrario de l’arrêt *Svensson* selon laquelle la qualification de communication au public avait été écartée dans l’hypothèse où le lien pointant vers une ressource mise librement à la disposition du public avec le consentement du titulaire, faute de public nouveau, mais dont il « *ne saurait être déduit* » ni de l’arrêt *Svensson*, ni de l’ordonnance *BestWater International* « *que le placement, sur un site Internet, de liens hypertexte vers des œuvres protégées qui ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet, mais sans l’autorisation des titulaires du droit d’auteur de ces œuvres, serait exclu, par principe, de la notion de « communication au public », au sens de l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Au contraire, ces décisions confirment l’importance d’une telle autorisation au regard de cette disposition, cette dernière prévoyant précisément que chaque acte de communication d’une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d’auteur.* » (point 43)

**Source « illicite ».** Ainsi, parce que les titulaires de droit n’ont pas pu anticiper le public qui serait touché par le site qui diffuse l’œuvre sans son autorisation, le lien opère un acte de communication au public de ladite œuvre, sujet à autorisation. Sans le nommer expressément, la Cour reprend le principe du public nouveau : l’accroissement des personnes susceptibles d’entrer en contact avec l’œuvre n’ayant pu être anticipé par le titulaire faute d’avoir contrôlé les modalités de la mise à disposition, le pointeur qui contribue à cet accroissement réalise un acte de communication au public. La Cour n’a donc pas suivi les conclusions de son avocat général qui disqualifiait quant à lui, en amont, toute possibilité de qualification de communication au public, faute de remplir le premier critère – la communication –, puisqu’elle se situe au stade du critère du public. Elle n’a pas davantage accueilli le raisonnement selon lequel il n’y avait pas de public nouveau dès lors que l’œuvre est librement accessible, même si c’est de manière illicite. Tout au contraire, en faisant de l’absence de consentement le pivot de sa démonstration, elle rattache la notion de public non pas à une accessibilité accidentelle mais à une accessibilité consentie par le titulaire de droit. On avait pu déceler dans les décisions antérieures, cette forme inédite d’épuisement des droits appuyée sur le consentement du titulaire de mettre son œuvre en ligne sans contrôle d’accès.

Toutefois, la Cour, troublée sans doute par certains arguments avancés par les tenants de la disqualification (points 45 et 46), n'en est pas restée là et a jugé nécessaire d'introduire d'autres considérations pour cantonner les effets de sa décision. C'est ici que tout chavire. Reprenant la méthode de l'appréciation individualisée, elle se livre alors à des développements si acrobatiques que le lecteur en perd « la boule ».

**Connaissance du caractère illicite.** Elle considère que pour déterminer s'il existe ou non un acte de communication au public, il y a lieu de « *tenir compte de la circonstance 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* », ceci « *lorsque le placement d'un lien hypertexte vers une œuvre librement disponible sur un autre site Internet est effectué par une personne qui, ce faisant, ne poursuit pas un but lucratif* » (Point 47). Dans ce cas, la Cour estime que « *la personne n'agit pas, en règle générale (sic) en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet.* » « *En outre, lorsque l'œuvre en question était déjà disponible sans aucune restriction d'accès sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder, l'ensemble des internautes pouvait, en principe, déjà avoir accès à celle-ci même en l'absence de cette intervention.* » (point 48)

Arrêtons-nous un instant sur ces considérants alambiqués. La Cour a voulu faire deux poids, deux mesures ; elle a entendu distinguer l'internaute naïf et désintéressé du spéculateur peu scrupuleux. Il convient, dit-elle, de traiter différemment ces deux cas de figure parce qu'il est difficile de savoir ce qui est illicite ou non et qu'il n'est pas souhaitable de sanctionner celui qui, de bonne foi, sans intention lucrative, pointe vers un contenu qu'il peut légitimement considérer a priori comme licite dès lors qu'il est, par ailleurs librement accessible. En d'autres termes, la Cour envoie le message suivant : si vous pointez vers un site et que vous n'avez pas d'intention lucrative, vous n'avez pas à vérifier si le site en question propose une œuvre en toute légalité ou pas, dès lors que vous avez pu y accéder sans restriction aucune.

En revanche, « *si la personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur, il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.* » (point 49) ; elle sera alors contrefactrice. C'est la connaissance par le pointeur du caractère contrefaisant de l'émission primaire qui va déterminer si on applique ou non le droit de communication au public !!!

**Présomption de connaissance de l'illicéité en raison du but lucratif.** Encore la ligne d'application n'est-elle pas très claire car elle se combine, plus ou moins heureusement avec le but lucratif de celui qui pose le lien. La bienveillance de la Cour suppose le détachement économique. Si l'intention est lucrative, « *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 hypertexte.* » (point 51). Lorsque le but est lucratif, 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. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29* » (point 51).

**Présomption simple de connaissance.** Pour faire clair, ou à tout le moins essayer, lorsque le poseur de lien est animé par un but lucratif – ce qu'il faudra définir et qui n'est pas une mince affaire -, il est présumé connaître le statut de l'œuvre vers lequel il pointe et cette connaissance conduit à caractériser la contrefaçon lorsque l'œuvre est illégalement publiée. Cette présomption est toutefois réfragable, ce qui permet de disqualifier l'acte de communication au public si le poseur de lien parvient à démontrer qu'il ne savait pas que le site de destination n'avait pas l'autorisation de mettre l'œuvre à disposition. On voit là encore bien où la Cour veut en venir : si la personne posant le lien cherche à gagner de l'argent



sur Internet et qu'elle pointe malencontreusement vers un site contrefaisant, elle peut se dédouaner de sa méprise en prouvant qu'elle ignorait l'existence d'une contrefaçon dans le site de destination. La charge de la preuve lui incombe ; c'est le seul salut pour le titulaire.

Où l'on voit que le droit et les jolis sentiments ne font pas bon ménage car cette solution d'équité est tout simplement intenable juridiquement. La décision de la Cour revient à caractériser un acte de communication au public selon que celui qui le réalise savait ou non qu'il viole les droits du titulaire, à rebours des principes élémentaires de la propriété intellectuelle.

## **B. Les dangers de l'analyse de la Cour pour la définition du droit de communication au public**

**Erreur n°1 : la prise en compte de l'intentionnalité du poseur de lien.** Première confusion, un acte de communication au public –fait objectif- ne devrait pas varier pas selon l'intention subjective d'un individu ; il y a ou non une communication à un public indépendamment de la volonté de l'émetteur car la réalité de cet acte se définit par rapport à la potentialité de réception de l'œuvre par des individus. De ce point de vue, l'arrêt *Svensson* avait le mérite d'être un peu plus cohérent : le lien constitue un acte de communication au public, mais dès lors qu'il s'agit d'une communication secondaire, l'individualisation du public n'étant pas possible à l'égard d'une œuvre librement accessible, il n'est pas possible d'imputer à l'auteur du lien un acte de communication au public distinct de la communication initiale. La libre accessibilité de l'œuvre et le critère de public nouveau constituaient les pivots du raisonnement et non l'intention du poseur de lien. Ici, la libre accessibilité est mentionnée (point 48) mais sans que la Cour n'en tire aucune conséquence, laissant entendre seulement qu'il s'agit d'un élément de contexte pour apprécier la connaissance du caractère illicite. Si l'œuvre est accessible sans restriction c'est qu'a priori, elle est communiquée avec l'autorisation du titulaire. Rien n'est plus faux, bien sûr, puisque le contrefacteur pose rarement des restrictions d'accès aux œuvres qu'il copie sans autorisation.

Il peut être souhaitable de considérer que le régime attaché à l'acte varie selon l'intention qui anime son auteur mais on ne peut pas pour autant nier sa réalité dès lors qu'on a préalablement reconnu l'acte de communication au public. Il aurait fallu, sinon, admettre comme l'avocat général qu'un lien ne produit pas de communication au public d'une œuvre.

**Erreur n° 2 : dénaturation du critère de connaissance.** Seconde confusion, le critère de la connaissance que la Cour croit reprendre de la jurisprudence antérieure est ici considérablement détourné de sa signification initiale. Lorsque la Cour de Justice exigeait dans *Premier League*, par exemple, que l'utilisateur incontournable agisse en connaissance de cause, ce n'était nullement pour signifier « en connaissance du caractère illicite de sa source d'approvisionnement » mais en connaissance de cause de la diffusion opérée. Il s'agissait d'écarter la qualification d'acte de communication au public lorsque l'acte était réalisé de manière accidentelle (une musique que des passants entendent depuis un domicile privé). Or, celui qui fait un lien vers une ressource ne peut pas ignorer qu'il le fait et si ce lien constitue une communication au public au sens de l'article 3 – ce que la Cour admet par principe – il ne peut ignorer qu'il réalise une telle communication au public. L'intention du poseur de lien étant bien, dans tous les cas, de diriger le public vers une œuvre.

**Erreur n°3 : le fait générateur du droit n'est pas nécessairement le fait générateur de la contrefaçon.** Ainsi, on peut très bien conclure qu'un acte constitue une communication au public sans aboutir à la condamnation systématique de son auteur notamment parce que l'autorisation d'y procéder est accordée par le titulaire, ou qu'elle n'est pas requise par le jeu d'une exception ou limitation. Il n'y a pas de superposition systématique entre la définition du droit et les cas de contrefaçon. Ainsi, il n'est ni juste ni utile de lier l'acte de communication au public avec l'intention de celui qui y procède pour dégager des marges de manœuvre en faveur de certains et créer des discriminations de traitement.

**Erreur n° 4 : la contrefaçon ne relève pas des mêmes logiques selon que l'on se situe au civil ou au pénal.** Sur le plan pénal, l'intention de l'auteur de l'acte est prise en considération pour déterminer l'existence du délit mais sur le plan civil la contrefaçon est une responsabilité objective qui n'a que faire

de l'intention ou de la connaissance de l'auteur de l'acte. Soit cet acte relève d'une autorisation préalable du titulaire et elle a été accordée, soit elle ne l'est pas et, dans ce cas, la responsabilité civile de la personne qui a négligé cette autorisation est engagée. Il lui faut réparer le préjudice lié au non-respect du monopole légal qui bouleverse les conditions de la concurrence. Inclure un critère de connaissance dans le paysage fait considérablement vaciller les fondements même du mécanisme du droit d'auteur en son ensemble.

**Erreur n° 5 : le retour du critère du but lucratif.** Enfin, le caractère lucratif de l'activité ne devrait pas, au regard de la récente décision *Reha Training* rendue en Grande Chambre de la Cour elle-même être un élément constitutif de la communication au public mais un simple élément permettant de fixer le cadre de la réparation. C'est au juge national d'apprécier cette circonstance afin de moduler les termes de sa condamnation mais la circonstance n'est en principe pas discutée en amont pour déterminer si l'acte relève ou non de l'autorisation. En liant ici le caractère lucratif avec la connaissance de la contrefaçon sur le site tiers, la Cour réalise un « gloubi-boulga » (expression que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître et qui désigne un plat composé d'ingrédients en principe peu conciliables les uns avec les autres et confectionné par un monstre gentil) indigeste et totalement contraire à ses propres enseignements.

Ainsi, on ne voit que brouillard dans la décision de la Cour qui ne fait qu'obscurcir encore les contours du droit de communication au public que l'on avait déjà un peu de mal à appréhender. Le pourquoi de cette situation est évident. La Cour a souhaité faire plaisir à tout le monde en distribuant d'une part une certaine liberté de lien à ceux dont l'intention pure n'est pas de faire un profit avec l'exploitation de l'œuvre et qui, en raison même de cette posture, ne risqueront pas d'être inquiétés s'ils pointent par inadvertance vers un site contrefaisant, et d'autre part, une garantie au profit des titulaires de droit que les liens ne seront pas employés par des personnes sans vergogne pour constituer des moyens de contourner leurs modèles d'affaires. Une solution du roi Salomon en somme.

Mais c'est le droit d'auteur qui menace ici être rompu par le milieu. Pour faire une place au lien... N'est-ce pas trop cher payer ? Ne serait-il pas plus facile de procéder autrement ? La Cour de Justice s'est coincée dans une ornière dont il importe de sortir car le raisonnement adopté est bancal en ce qu'il applique un régime différent à un même acte selon que le comportement de l'émetteur primaire constitue une contrefaçon ou non. Transposé à d'autres mécanismes, cela reviendrait à affirmer que, par exemple, celui qui retransmet une œuvre réalise un acte de communication au public lorsque la transmission initiale est contrefaisante mais pas si elle est licite... Ou que celui qui reproduit une œuvre contrefaisante réalise une contrefaçon – ce qui est vrai – alors que celui qui reproduit une œuvre licitement mise à disposition ne serait pas contrefacteur – ce qui est faux, sauf à jouer d'une exception-. Or l'acte éligible au titre du droit exclusif ne peut pas être constitué pour caractériser une contrefaçon, le caractère objectif des droits de propriété intellectuelle s'oppose à une telle recherche d'intention au plan civil.

### **III. Tentative de régime cohérent des liens au regard du droit de la propriété intellectuelle**

Il faut donc trouver une autre grille de lecture. On se propose de revenir pour cela à l'essence de ce qu'est le droit de communication au public de l'œuvre, à savoir de couvrir les actes qui permettent à un public de rentrer en contact avec la forme de l'œuvre, de participer à sa perception. A cet égard, il convient de distinguer le **lien brut** qui n'offre pas une telle jouissance de l'œuvre et qui doit, en bonne logique, échapper à la qualification d'acte de communication au public (A.) du lien enrichi qui offre précisément cet accès à la forme de l'œuvre et qui entre de ce fait, dans le champ du droit (B.)

#### **A. Le lien brut ne constitue pas un acte de communication au public**

**Le lien brut est un véhicule informationnel.** Or, le lien qui pointe vers un contenu sans activer la perception de l'œuvre qu'on qualifiera de « **lien brut** » ne crée pas une communication au public de l'œuvre, faute précisément de « représenter » l'œuvre en elle-même. Il se contente de « motoriser »

l'internaute vers sa destination ; c'est la métaphore du conducteur de taxi chère aux moteurs de recherche, plus encore que celle de la note de bas de page qui n'est qu'une information sur la situation de la source et non le véhicule pour s'y rendre. Le lien brut ne constitue pas un accès à l'œuvre mais un moyen de parvenir à un tel accès. Il se situe en amont. Il n'existe pas d'effet substitutif : le poseur de lien ne retranche pas de parts de marché aux ayants droit puisque pour jouir de l'œuvre il faut toujours se rendre sur le site de destination. En substance, il stimule le trafic vers ce site et accroît les pages vues. Le lien brut transmettant non pas l'œuvre mais une simple information sur l'œuvre est en principe vertueux pour les créateurs de contenus ; il l'est aussi pour la liberté d'expression et stimule les échanges intellectuels par un partage d'informations. Il n'est pas question de le soumettre au droit exclusif car cela reviendrait à conférer à certains le pouvoir de décider de qui peut parler d'une œuvre et en indiquer la localisation.

**Mécanisme compensatoire ?** Il n'est pas davantage envisageable de le soumettre à un droit à rémunération, à défaut d'effet substitutif sur le marché d'exploitation. En revanche, il n'est pas déraisonnable de penser que si les liens multiples ou l'agrégation de liens occasionnent de tels effets, il serait souhaitable d'aménager un mécanisme compensatoire pour les ayants droit. Cette réflexion n'est pour l'heure pas posée sur de bonnes bases théoriques faute de connaître clairement les marchés en cause et il conviendrait de ce point de vue de disposer de plus d'éléments économiques pour envisager la nécessité d'une telle intervention.

**Le contournement des MTP.** Il faut tirer de ce postulat l'ensemble des conséquences. Si la mise à disposition d'un lien brut ne constitue pas en soi un acte de communication au public, il ne l'est pas davantage lorsqu'il contourne une mesure technique de protection pour « forcer » l'accès du site sur lequel se trouve l'œuvre. Il ne s'agit, là encore, que d'un moyen de parvenir à une destination où la perception de l'œuvre est possible, l'acte de communication au public se situant in fine toujours uniquement sur le site de destination. Si le lien procède au contournement d'une mesure technique de protection entourant l'œuvre, sa réalisation est passible des sanctions accompagnant un tel contournement et, le cas échéant, de celles de la concurrence déloyale.

**La voie pénale pour les fermes de liens illicites.** Dans cette grille de lecture, le lien brut n'est pas non plus constitutif de communication au public lorsqu'il dirige vers un site contrefaisant. Ainsi, contrairement à ce qu'ont fait certaines décisions françaises rendues en matière pénale, ce n'est pas par ce biais qu'il convient de s'attaquer aux fermes de liens qui permettent aux internautes d'être dirigés vers les paradis pirates, la plupart du temps inaccessibles sans cette intermédiation. Toutefois, il n'est pas nécessaire de distordre le droit de communication pour parvenir à une solution satisfaisante : puisqu'il s'agit ici de lutter contre l'illicite, la voie pénale est alors à privilégier. Or, il n'est nullement nécessaire d'assimiler le lien à un acte de communication au public pour punir celui qui intentionnellement pointe vers de contenus illicites, il suffit de caractériser la complicité de contrefaçon par fourniture de moyens ou le recel. En effet, on peut avancer que le poseur de lien offre bien une assistance à celui qui réalise de telles copies illicites puisqu'il l'aide à en étendre l'audience et peut constituer de ce chef une complicité au sens de l'article 121-7 du Code pénal qui dispose qu'« *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.* ».

A supposer que les conditions de la complicité ne soient pas remplies, on peut également songer au délit de recel, qui selon l'article 321-1 du Code pénal consiste dans « *le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Ou encore le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.* » Le débat sur l'intentionnalité de l'auteur du lien, sur la connaissance du caractère illicite, autour duquel la décision GS Média est construite retrouve, en matière pénale, toute sa légitimité, alors qu'il est complètement déplacé en matière civile.

**B. Le lien enrichi constitue un acte de communication au public**



**Lien enrichi.** Si le lien brut ne constitue pas un acte de communication au public, en revanche, lorsque le lien « contient » l'œuvre elle-même ou en figure des éléments structurants, ce que l'on qualifiera de « lien enrichi » celui qui l'offre au public, offre également l'œuvre en soi et enrichit son service ou son message d'un élément directement emprunté à une création. Par conséquent, il convient de revenir sur le principe de « neutralité » technologique énoncé dans l'arrêt *Bestwater* selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes formes de liens existants. En effet, l'utilisation du lien produit des conséquences différentes sur la perception de l'œuvre selon la technique qu'il emploie et il n'y a donc pas de raison de ne pas distinguer.

**Communication de la forme de l'œuvre.** Il convient donc de dire que le lien, lorsqu'il opère une transclusion ou toute autre forme de communication de l'œuvre – écoute, visionnage de l'œuvre – sans intervention supplémentaire de l'internaute, sans clic, constitue un acte de communication au public parce **qu'il communique la forme de l'œuvre depuis le site qui opère le lien** sans que l'utilisateur n'ait eu à se rendre de manière délibérée sur le site à partir duquel la transmission est opérée. L'effet substitutif est caractérisé à la fois sur le plan symbolique car l'internaute n'a pas nécessairement conscience de la localisation de la source de l'œuvre dont il prend connaissance via le lien ; il l'est également du point de vue économique puisque l'économie fondée sur l'environnement de l'œuvre sur le site d'origine est détournée au profit des modèles de valorisation du poseur de liens.

En outre, en se plaçant du point de vue de celui qui réalise le lien, la démarche consistant à copier une simple adresse dans un document est tout à fait différente de celle revenant à « inclure » le lien-œuvre dans sa page. La personne qui opère cette action ne peut l'ignorer et elle procède donc en toute conscience à l'encapsulation d'une fonction qui permet de visionner ou d'écouter l'œuvre. L'acte de communication se fait en toute connaissance de cause.

**Utilisateur incontournable.** Ce choix présenterait donc l'avantage d'être en cohérence avec les critères de définition du droit de communication au public existants avant la décision *GS Média* et notamment avec le critère de l'utilisateur incontournable : le diffuseur d'un lien enrichi réalisant une encapsulation/transclusion d'une œuvre offre un accès à l'œuvre et ne peut ignorer qu'il la diffuse ; il a donc la conscience de réaliser un acte de communication au public de l'œuvre. Ce lien augmente la visibilité de l'œuvre « chez » le poseur de lien, et le public du site de ce dernier n'aurait pas eu de contact avec l'œuvre sans son intercession puisqu'il leur offre directement cette possibilité d'accès sans qu'ils aient à agir de quelque manière pour voir ou entendre l'œuvre.

D'un point de vue probatoire, l'acte de communication au public ne serait pas très difficile à caractériser puisqu'il suffirait de montrer que l'accès à l'œuvre ou une partie de celle-ci est possible **depuis le site du poseur de liens**, sans que l'internaute n'ait à fournir d'action supplémentaire. C'est ce qui justifie qu'un moteur d'images qui montre les images sous formes de vignettes sur la page de son site réalise bien un acte de communication au public de ces images, en dépit du fait que ces vignettes constituent également des liens car l'internaute a pris connaissance de la forme de l'œuvre sans avoir besoin de cliquer sur le lien pour voir l'image. Cette distinction ne risque pas d'être obsolète techniquement car peu importe le mécanisme utilisé, il faut et il suffit que l'œuvre soit perceptible directement par le procédé employé pour que la communication au public soit caractérisée.

**Pour en finir avec le public nouveau.** Cette approche permet également de rompre avec la doxa du « public nouveau » dans laquelle la Cour de Justice s'est enfoncée et qui ne correspond nullement à une exigence pour caractériser la communication au public dans les textes internationaux. Sur ce point, on renverra à la [résolution de l'ALAI](#) qui explique très bien le dévoilement opéré et la méconnaissance des principes de la convention de Berne. Certes, la Cour de Justice peut se retrancher derrière les principes généraux de droit de l'Union pour écarter l'application de la convention de Berne dans les relations entre les Etats membres dès lors qu'elles les jugent en contradiction avec l'acquis communautaire. Toutefois, la position est d'autant plus hasardeuse que la convention de Berne étant « encapsulée » dans les accords ADPIC, et ceux-ci étant considérés d'application directe depuis l'arrêt [Daiichi Sankyo](#) de la même Cour

de Justice, les juges risquent de friser la schizophrénie s'ils continuent à prétendre que les règles de Berne ne s'appliquent pas en droit de l'Union.

Il suffit pour cela que la Cour se départisse d'une vision complètement abstraite du public sur Internet. D'un point de vue économique, il est absurde de considérer que dès lors qu'une œuvre est accessible sur internet, il n'existe qu'un seul public pour cette œuvre, constitué par la somme des internautes susceptibles de se connecter au réseau. La diffusion s'opère via des sites particuliers, lesquels demandent individuellement le droit de diffuser et s'acquittent de redevances liées aux profits d'exploitation de leurs propres sites. Il n'y a pas de communication unique de l'œuvre sur internet, une fois pour toutes, celle-ci pouvant se trouver en plusieurs endroits, selon plusieurs modalités d'accès. En décider autrement conduirait à n'envisager qu'une seule source de diffusion de l'œuvre vers laquelle il conviendrait de se rendre, ce qui ne correspond pas à la réalité du marché. « Le » public sur internet est un mirage ; il existe des publics différents selon leurs habitudes de consommation, la nature de l'offre, etc.

**Des publics distincts sur internet.** La confusion vient d'une mauvaise perception de la condition de « public » dans la définition du droit de communication au public. La condition est abstraite en ce sens que le déclenchement du droit suppose une certaine indétermination des récipiendaires de l'œuvre – lesquels ne doivent pas se confondre avec les intimes de l'émetteur. La communication est publique lorsque les intéressés sortent de l'orbite de la sphère privée. Alors, le nombre et l'identité des membres du public deviennent potentiellement variables dans le temps et l'espace. Mais il n'est pas nécessaire que l'offre s'adresse à un nombre indéterminé de personnes pour que la communication soit publique : elle l'est même lorsqu'elle est réservée à un groupe déterminé d'individus étrangers à la sphère privée de l'émetteur. Une fois que le premier degré d'indétermination est franchi hors de cette sphère privée, condition constitutive de la communication publique, le droit exclusif a vocation à saisir chacune de ses manifestations séparément. Les publics sont aussi multiples que les cercles de diffusion non privée entourant les différentes personnes proposant l'œuvre.

La question du « libre accès » à l'œuvre n'est pas davantage pertinente pour déterminer s'il existe des publics distincts ou non. Dans l'optique de l'arrêt *Svensson*, si l'œuvre est librement accessible, il n'y a pas de public nouveau sur internet, le public potentiellement visé serait l'ensemble des personnes susceptibles de se rendre sur ce site, c'est-à-dire potentiellement l'ensemble des internautes. Ainsi, chaque site ayant mis en place ses barbelés virtuels pourrait revendiquer avoir un public propre, distinct de celui des autres sites, en raison de la délimitation ainsi tracée mais en revanche si l'accès de l'œuvre est libre, il n'existe qu'un seul public. Mais la proposition est par trop réductrice car de multiples sites peuvent conjointement proposer des accès techniquement ouverts aux œuvres ; il ne s'agit pas pour autant d'un seul public. Chaque site jouit bien d'une « clientèle »/ d'un public propre, choisit ses principes de monétisation – par la publicité, l'abonnement, la réputation...- ou encore décide de proposer l'œuvre à titre gratuit. Chacun est assujéti à une autorisation préalable et rémunère les auteurs selon les principes qui lui sont applicables.

Pour prendre la mesure de cette diversité de publics, il convient de revenir sur la condition de public nouveau opérée dans la jurisprudence subséquente à l'arrêt *SGAE* et à son essence, à savoir celle de la prévisibilité de la diffusion pour l'ayant droit. Or, si on se reporte non pas à l'intitulé de la condition de « public nouveau » mais à sa définition jurisprudentielle, on peut aboutir à une solution concluante car *le public du site du pointeur de lien n'a pas pu être pris en compte par les titulaires de droit lorsqu'ils ont autorisé la communication au public de l'œuvre sur le site vers lequel pointe le lien*, faute de prévisibilité suffisante pour les titulaires de l'audience de l'œuvre depuis les sites pointeurs. Cette nouvelle exploitation suppose donc un consentement répété, le public du site pointeur étant effectivement différent de celui du site pointé.

En cela le lien n'est pas différent de l'amplificateur par lequel des personnes situées à distance d'un lieu de concert librement accessible pourraient écouter la musique. Certes, rien ne les empêche de se rendre sur ce lieu pour entendre à la musique à la source, mais ils peuvent également tranquillement rester au

bar qui installe cet amplificateur, écouter et consommer à cet endroit. De ce fait, ils ne se rendront pas sur le site du concert et leur consommation ne sera pas comptabilisée dans la recette de l'organisateur de concert. Il serait inique et anti-concurrentiel que le bar amplifiant le son ne soit pas assujéti au mécanisme du droit d'auteur car il dirige bien une œuvre vers sa clientèle, dont il tire profit, ce public étant distinct de celui de l'organisateur du concert du point de vue du ratio de la prévisibilité contractuelle pour les ayants droit.

Si l'on recentre la condition de public dans la perspective de l'émetteur, ce qui correspond à la pratique du droit d'auteur, force est d'admettre que le site qui offre l'accès à l'œuvre depuis son site l'offre bien à un public, peu importe qu'il ait réalisé la communication « initiale » ou qu'il opère une réémission de l'œuvre. Si l'œuvre est effectivement perceptible, le public du site du pointeur est celui qui sera pris en compte pour fixer les modalités de l'autorisation, différentes de celles qui s'appliquent au site d'origine. Certes, il existe un lien de dépendance technique entre le site du pointeur et le site d'origine, en ce sens que, si ce dernier cesse d'émettre l'œuvre, le lien sera inactif et l'œuvre ne sera pas davantage perceptible depuis le site du pointeur – sauf pour lui à avoir procédé à des copies mais cela relève alors du droit de reproduction. Mais la situation n'est pas véritablement différente de celle des mécanismes de retransmission par satellite ou par câble. Même si techniquement il peut n'y avoir qu'une « émission », cette diffusion est partagée entre plusieurs acteurs, exploitant l'œuvre séparément (sur ce point voir les propositions de Séverine Dusollier sur la notion d'exploitation dans son article aux mélanges Lucas).

Ce recentrage de la condition de public aurait également le mérite de résoudre les incohérences de la jurisprudence relative au droit de communication au public en cas de radiodiffusion par satellite. On reviendrait aux principes dégagés dans l'arrêt *Airfield* qui avait retenu une possibilité d'attirer dans le droit exclusif l'ensemble des acteurs de la chaîne de transmission, et ce même si certains n'entretenaient pas un rapport direct avec le public et de dépasser la distinction microcholine entre distributeurs professionnels et non professionnels, dégagé dans l'arrêt **SBS** du 19 novembre 2015.

**Caractère lucratif.** Enfin, s'agissant du critère de but lucratif du poseur de liens, il serait indifférent à la qualification d'acte de communication au public, conformément à ce qu'avait décidé *Reha Training* mais pourrait être pris en considération comme élément de détermination de la rémunération afférente à cet acte. De cette manière, l'imputabilité de l'acte serait constituée quelle que soit le caractère commercial ou désintéressé de l'activité du pointeur de liens mais il serait possible de moduler les conditions de l'autorisation au regard de ce critère, soit par des échelles tarifaires, soit par d'éventuelles exonérations, soit encore par des mécanismes de déport de la charge du paiement de la rémunération sur le site agissant à titre commercial (plateforme, réseau social) et offrant l'infrastructure d'implantation du lien à des particuliers qui s'en servent sans intention lucrative (voir en ce sens les propositions de mon rapport fait au CSPLA à propos des œuvres transformatives sur le cas des UGC).

**Conclusion.** A toute chose malheur est bon. A force de distordre les notions de communication au public, la Cour de Justice est parvenue à un point de rupture et d'incohérence de sa propre jurisprudence. Elle force donc à repositionner la notion pour lui rendre son essence, à savoir d'offrir à des personnes la possibilité de rentrer en contact sensoriel avec la forme d'une œuvre. Cette notion englobe certains types de liens, non pas ceux qui se contentent de donner accès au lieu où se réalise la transmission sans donner accès à l'œuvre mais ceux qui charrient une forme perceptible.

**Valérie-Laure Benabou**

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