



CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Commentaires des organisations professionnelles membres du CSPLA sur le rapport de la mission sur le droit de communication au public

I°) Note d'observations de l'Association pour le commerce et les services en ligne (ACSEL),
29 novembre 2016

II°) Courrier et annexe de la Fédération française des télécoms (FFTélécoms), 15 décembre
2016

III°) Commentaires de l'Association des services Internet communautaires (ASIC), 6 janvier
2017

IV°) Réaction de l'Union fédérale des consommateurs-Que Choisir (UFC-Que Choisir), 6
février 2017

Mars 2017

Note d'observations de l'ACSEL sur le Rapport et proposition – mission droit de communication au public

Comme cela a été rappelé lors de la séance plénière du 16 octobre 2016 l'ACSEL – tout en saluant le travail réalisé par les auteurs du Rapport et les contributeurs qui y ont été associés - l'ACSEL exprime son hostilité sur le contenu du rapport tant dans la forme que dans le fond et son opposition aux conclusions qui y sont formulées.

Dans la forme, l'ACSEL estime que s'il est possible de critiquer telle ou telle décision ou tel ou tel texte de loi, les terminologies employées par les auteurs du rapport apparaissent anormalement agressives voire caricaturales.

Sur le fond, l'ACSEL ne partage pas la position des auteurs du rapport selon laquelle les décisions rendues par la CJUE ne seraient pas « conformes » aux textes européens et seraient mêmes « imprévisibles » et « complexes ».

L'ACSEL estime que rien, à la lecture de ces décisions, ne permet d'affirmer que la CJUE s'est affranchie du référentiel légal européen. Tout au contraire ces décisions font des références précises et des exposés méthodiques et explique parfaitement les interprétations de la Cour.

Pour l'ACSEL, les décisions de la CJUE sont justifiées et justifiables.

Il est en effet parfaitement juste, sur un plan purement technique, de considérer que celui qui diffuse licitement un contenu sur internet sait et donc accepte les fondamentaux de ce média.

Or, les liens hypertextes sont de l'essence même de l'internet.

Toujours sur un plan technique, le lien en lui-même ne crée pas une nouvelle forme de diffusion puisqu'elle se contente de « ramener » l'internaute vers la source première de diffusion. Le lien apparait ici à l'inverse comme protecteur de la source originelle de l'œuvre licitement diffusée et évite les copies multiples.

Il est également parfaitement juste de considérer, comme le fait la CJUE, que pour les liens sur des contenus diffusés de manière illicite, il n'y ait pas de faute de l'internaute sauf s'il est manifeste que l'internaute avait connaissance du caractère illicite de cette diffusion.

Toute autre position reviendrait à transformer les internautes en contrôleur/censeur du net ce qui est en pratique impossible.

Pire l'internet dit 2.0, internet collaboratif, repose plus encore que l'internet historique sur les « liens hypertextes » que sont en effet les « likes » ou les « retweets » sinon une forme nouvelle de « liens hypertextes ».

Or, il ne viendrait à l'idée de personne de demander à un internaute ou un mobinaute, avant de « liker » ou de « retweeter » un contenu de vérifier si le contenu en question a été diffusé de manière licite ou non.

L'ACSEL estime donc qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause les décisions de la CJUE ou de la « contraindre » à modifier sa jurisprudence.

Dans tous les cas l'ACSEL estime que modifier les textes existants (approche globale) ou les textes en devenir (approche contextuelle) sera sans impact réel et ne sera que source de nouvelles interprétations.

En effet, aucune définition même détaillée ne résiste à l'épreuve du temps. Or, le temps juridique est désynchronisé du temps technique. La définition nouvelle sera donc aussi vite dépassée que son aînée. Quant à une exception pour les liens hypertextes, c'est ici la création d'une nouvelle règle qui induira elle aussi un nouveau lot d'incertitudes et d'interprétations.

Le Directeur général

Monsieur Pierre-François Racine
Président
Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique
Ministère de la Culture et de la Communication
182, rue Saint Honoré,
75033 Paris Cedex 01

Paris, le 15 novembre

Monsieur le Président,

Je porte à votre connaissance les inquiétudes de la Fédération française des télécoms et de ses membres concernant les conclusions des travaux de la mission « droit de communication au public » du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique que vous présidez, mission dont les propositions de réforme du droit de communication au public doivent être remis à la ministre de la Culture et de la Communication.

Ces propositions aboutiraient à un glissement dangereux en incluant dans le champ d'application du droit d'auteur des actes qui n'en relèvent pas. Ce faisant, elles remettent en cause l'un des éléments centraux de la nature d'internet ainsi que les fondements d'un cadre réglementaire qui a permis, depuis 20 ans, l'essor d'un réseau vecteur de croissance économique, de diffusion de l'information, de la connaissance et des valeurs démocratiques dans l'Europe toute entière.

En premier lieu, les propositions de la mission dirigée par le Professeur Sirinelli ont pour objet d'élargir de manière excessive le champ d'application du droit de communication au public, en faisant rentrer en son sein des prestations purement techniques qui, faute de s'adresser à un public, ne sauraient relever du droit d'auteur.

Ensuite, ces propositions visent à renforcer la responsabilité des prestataires de service de la société de l'information en mettant à leur charge une obligation générale de vérifier l'absence de contenus illicites sur leurs services, ce qui contrevient au principe posé par l'article 15 de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et constitue une remise en cause implicite de leur statut tel que défini par la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique de 21 juin 2014.

La Fédération s'alarme des conséquences de ces propositions sur le fonctionnement d'internet et, au-delà, sur l'ensemble de ses parties prenantes, et en particulier les prestataires techniques qui se verraient alors soumis à une obligation de surveillance généralisée des comportements de leurs utilisateurs. Par ailleurs, nous estimons qu'en remettant en cause les principes de la LCEN et de la Directive « e-commerce », la mission outrepassé ses prérogatives.

Sans minimiser la portée des problématiques auxquelles sont confrontés les créateurs, au même titre que de nombreux autres acteurs économiques, dans un contexte de numérisation des usages, le droit d'auteur ne nous paraît pas être l'outil idoine pour y répondre. D'autres outils plus adaptés existent, notamment dans l'éventail offert par le droit de la responsabilité (concurrence déloyale, parasitisme), qui doivent lui être préférés.

En l'état, la Fédération ne peut donc souscrire aux termes du rapport que votre Conseil compte remettre à la ministre de la Culture et de la Communication sur le droit de communication au public, ainsi que vous l'exposera plus en détails l'analyse jointe en annexe de ce courrier. En revanche, nous sommes prêts à apporter tout notre soutien et contributions dans la poursuite des travaux du Conseil.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de mes sentiments respectueux.



Michel Combot

Inquiétudes de la Fédération française des télécoms relatives aux conclusions des travaux de la mission du CSPLA sur le « droit de communication au public »

Les inquiétudes exprimées par la Fédération française des télécoms portent notamment sur le contenu du rapport et les propositions de réforme du droit de communication au public transmis le 3 novembre 2016 qui doit être remis à la ministre de la Culture et de la Communication par le Conseil.

Les propositions de la mission ont pour objet, d'une part, d'élargir excessivement le champ d'application du droit de communication au public en faisant rentrer en son sein des prestations purement techniques qui, faute de s'adresser à un public, ne sauraient relever, comme vous le propose la mission, du droit d'auteur (I.); et d'autre part, de renforcer la responsabilité des prestataires de service de la société de l'information en mettant à leur charge une obligation générale de vérifier l'absence de contenus illicites sur leurs services, ce qui contrevient au principe posé par l'article 15 de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et constitue une remise en cause implicite de leur statut tel que défini par la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique de 21 juin 2014 (II.).

I. Elargissement du champ d'application du droit d'auteur

La Fédération Française des Télécoms s'inquiète tout d'abord de la proposition d'inclure dans l'acte de communication au public l'hypothèse dite « d'injection directe » en créant, au sein d'un nouvel article 3.2 de la Directive 2001/29, un paragraphe qui dispose que : *« lorsqu'une personne physique ou morale initie un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public en transmettant à une autre personne physique ou morale une œuvre et/ou un objet protégé afin que cette dernière en donne accès au public, ces personnes réalisent ensemble un acte de communication au public et/ou de mise à disposition du public. Elles sont toutes deux conjointement responsables d'un tel acte unique et indivisible. »* A cet égard, le nouveau considérant 24 bis que propose d'introduire le rapport de mission précise que *« par conséquent, [ces personnes doivent] obtenir chacune l'autorisation des titulaires de droits pour ce qui concerne leur participation à l'acte en cause. »*

Selon le rapport de mission, *« la construction proposée vise à infléchir l'effet du raisonnement mis en place par la CJUE dans l'affaire SBS »,* au motif que les deux actes de transmission en cause seraient *« deux initiatives constituant un seul et même acte juridique de communication au public »*. Pour mémoire, dans l'affaire SBS¹, la Cour a décidé *« qu'un organisme de radiodiffusion ne se livre pas à un acte de communication au public (...) lorsqu'il transmet ses signaux porteurs de programmes exclusivement aux distributeurs de signaux, sans que ces signaux soient accessibles au public au cours et à l'occasion de cette transmission »,* jugeant que la prestation de transmission en cause *« ne constitue qu'un simple moyen technique »*. En d'autres termes, la CJUE fait une distinction claire entre ce qui relève d'un acte de communication *simple* et ce qui relève d'un acte de communication

¹ CJUE 19 novembre 2015, SBS Belgium NV contre SABAM.

au public. C'est ainsi que pour la Cour, si la transmission d'une œuvre par un radiodiffuseur à un distributeur est bien un acte de communication, il n'est en revanche pas réalisé auprès d'un public, et n'est donc pas assimilable à un acte de communication au public. Le raisonnement est donc simple et logique selon la doctrine : « *sans public, pas d'acte de communication au public* »².

Or, le rapport de la mission propose d'inclure dans le champ d'application du droit d'auteur des prestations purement techniques, à savoir la simple transmission d'information d'un opérateur à un tiers (le diffuseur) qui réalisera, seul, l'acte de communication au public. Il nous semble qu'il s'agit là d'une tentative d'instrumentalisation du droit d'auteur pour que ce dernier régent des activités / prestations qui ne mettent pourtant pas en œuvre le droit d'auteur dans la mesure où la transmission en cause ne s'adresse pas à un public. Ce glissement nous paraît d'autant plus dangereux que rien ne légitime la proposition d'instaurer un régime de responsabilité conjointe obligeant celui qui effectue une prestation purement technique à obtenir une autorisation de l'ayant droit pour réaliser sa prestation.

En conséquence, la Fédération Française des Télécoms n'est pas favorable à cet élargissement non fondé du droit de communication au public et demande la suppression de l'alinéa 3 de l'article 3.2 et de l'alinéa 4 du considérant 24 bis susvisés.

II. Renforcement de la responsabilité des opérateurs de services de la société de l'information

- A titre principal, la Fédération Française des Télécoms conteste le postulat du Conseil selon lequel un lien hypertexte qui renvoie vers une œuvre protégée serait par nature un acte de communication au public.

Le lien hypertexte n'est que le véhicule qui permet à un site Internet de réaliser l'acte de communication au public. En soi, le lien hypertexte est neutre : il n'est ni bon, ni mauvais. Il est à la fois le panneau de direction vers un contenu et le moyen de transport pour *atterrir* sur une page web (et son contenu). Sa vocation purement technique est de permettre une navigation non linéaire, de point à point grâce aux URL. Chaque lien hypertexte est unidirectionnel, fragile (il se casse si celui qui met le contenu à disposition modifie l'URL de sa "ressource" ou modifie le contenu de sa page web) et son créateur n'a techniquement pas de contrainte pour créer un lien sans le consentement (technique toujours) de l'URL ciblée³.

² Grosslerner Julien, Jean Florence, *Télévision – éditeur, distributeur : qui communique au public ?* (et qui doit payer) – Legipresse n°340, 2016.

³ <http://www.ledieu-avocats.fr/lien-hypertexte/> - Voir également VL Benabou, GS Mediaaaaaargh : « 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

Comme le relève le CCIA⁴ dans son commentaire de l'affaire GS Media, le lien hypertexte n'est rien de plus qu'une simple référence – une citation – d'un contenu disponible ailleurs sur internet ; il ne fait qu'informer les utilisateurs de la localisation d'un contenu disponible sur internet. En l'absence de toute transmission, le placement d'un lien hypertexte ne peut être qualifié d'acte de communication au public au sens de la réglementation européenne sur le droit d'auteur. Cela ressort clairement du considérant 23 de la Directive 2001/29 : « *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.* »

A défaut, la Fédération Française des Télécoms fait siennes les observations de l'avocat général⁵ dans cette même affaire, aux termes desquelles il ne saurait y avoir de communication au public dès lors que les œuvres sont déjà librement accessibles sur un autre site, et que l'intervention de la personne qui place des hyperliens n'est pas indispensable ou incontournable pour bénéficier ou jouir des œuvres.

- A titre subsidiaire, la Fédération Française des Télécoms s'inquiète des modalités de mise en œuvre de la nouvelle exception, créée pour les besoins de la cause, visant à soustraire certains hyperliens du droit de communication au public. Le nouvel article 5.1.b que la mission propose d'introduire dans la Directive 2001/29 subordonne le bénéfice de cette exception à quatre conditions cumulatives, à savoir :

- « - i) que cette œuvre et/ou objet protégé soit communiqué au public et/ou mis à la disposition du public de manière licite sur le service en ligne objet de l'hyperlien,
- ii) que cette œuvre et/ou objet protégé soit librement accessible sur le service en ligne objet de l'hyperlien,
- iii) que la fourniture d'hyperlien n'ait pas été effectuée dans un but lucratif,
- iv) que l'hyperlien ne permette pas d'afficher ou de diffuser directement l'œuvre ou l'objet protégé sur le service en ligne à partir duquel il est établi. »

Si jamais il était reconnu que le placement d'un lien hypertexte constitue un acte de communication au public, la Fédération Française des Télécoms émet en tout état de cause de vives réserves concernant les conditions i) et iii) qui ne lui semblent pas, en l'état, acceptables.

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 »

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

⁴ <http://www.ccianet.org/wp-content/uploads/2016/02/CCIA-Comments-on-the-GS-Media-Case-7.2015.pdf>

⁵ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175626>

Tout d'abord, s'agissant de la condition iii), la Fédération Française des Télécoms s'étonne que le Conseil reprenne à son compte le critère du « caractère lucratif » pour décider de l'emprise, ou non, du droit d'auteur, alors qu'elle a elle-même indiqué, après une analyse soignée de la jurisprudence européenne, que ce critère (« serpent de mer » !), n'est pas un critère pertinent. En effet, la poursuite d'une activité lucrative ne saurait être de nature à déterminer la mise en œuvre du droit d'auteur. A nouveau, la mission opère un glissement dangereux visant à inclure dans le champ d'application du droit d'auteur des actes qui n'en relèvent pas. Cela est d'autant plus contestable que votre proposition, en excluant du bénéfice de l'exception tous les services monétisant, d'une quelconque manière, leur activité, oblige ces derniers à obtenir l'autorisation, au cas par cas, des sites pointés. Partant, cette condition, impraticable, vise à remettre en cause tout le fonctionnement même d'Internet, en introduisant un système d'autorisation quasi systématique qui entreverrait son bon fonctionnement. Or, la création d'un lien hypertexte pointant vers une œuvre illicite n'est pas, en soi, un acte de communication au public, mais seulement un acte matériel simple consistant à reprendre l'acte initial de publication réalisé par le site pointé. En d'autres termes, le lien « transporte » le site qui, lui seul, « représente » l'œuvre auprès d'un public.

En tout état de cause, il s'agit d'un critère trop plastique qui suscitera beaucoup d'interrogation lors de sa mise en œuvre. D'une part la frontière entre ce qui relève du lucratif et du non lucratif est trop poreuse dans le cas d'Internet : le blogueur qui reçoit gratuitement, en contrepartie de son article faisant la part belle d'un produit ou d'un service, un cadeau de la marque concernée, réalise-t-il une activité lucrative ? D'autre part, faute de bénéficier de l'exception, l'opérateur devra obtenir l'autorisation du site pointé ; or l'autorisation du site ne sera acceptable que si ce dernier peut lui garantir la jouissance paisible ? Il est donc très probable qu'en pratique, l'opérateur devrait obtenir l'autorisation des auteurs concernés, ce qui est impraticable.

Ainsi, la Fédération Française des Télécoms considère que le caractère lucratif n'est pas un critère recevable pour la mise en œuvre de l'exception « hyperliens ».

Ensuite, la Fédération Française des Télécoms est fermement opposée à la condition i) qui vise à exclure du bénéfice de l'exception toute personne qui pose un lien pointant vers un contenu illicite. D'une part, comme indiqué plus haut, la nature licite ou illicite de la publication première n'est pas un critère pertinent pour déterminer si l'acte de création d'un lien hypertexte met en œuvre le droit de communication au public. Le lien hypertexte n'est que le véhicule qui « transporte » l'œuvre. Seul le site qui publie l'œuvre le premier effectue l'acte de représentation. Tout au plus, l'acte secondaire du créateur de lien peut-il être incriminé sur le fondement de la concurrence déloyale et/ou du recel ou de la complicité d'acte de contrefaçon. En aucune façon le créateur de lien ne commet un acte de contrefaçon. Mais pour cela, encore faut-il que le site Internet qui réalise l'acte de communication soit lui-même éligible au statut d'œuvre de l'esprit ! Faute d'être qualifié d'œuvre de l'esprit, le lien ne fera donc que renvoyer vers un objet non protégé par le droit d'auteur. Ce point est d'autant plus remarquable que l'exception proposée exclut de son champ d'application les liens dits transclusifs qui sont les plus susceptibles de pointer directement vers une œuvre de l'esprit.

D'autre part, il n'est pas acceptable que cette solution s'applique, comme le demande le Conseil, « *que le créateur du lien ait une connaissance de l'illicéité du contenu pointé ou non* ». Cette rédaction a en effet pour conséquence d'obliger des opérateurs fournissant des services de la société de l'information de surveiller les informations qu'ils transmettent à la demande des destinataires du service concerné afin de vérifier qu'aucun lien ne pointe vers des contenus illicites. En d'autres termes, cette proposition met à la charge des opérateurs une obligation de surveillance proactive d'Internet et donc de filtrage qui contrevient à de nombreux principes juridiques et notamment :

- l'article 15 de la Directive 2000/32, transposé à l'article 6.1.7 de la LCEN qui prévoit que « *les [fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs] ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».
- l'article 6.1.2 de la LCEN qui prévoit que les hébergeurs « *ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si [ils] n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où [ils] en ont eu cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.* »
- l'article 6.1.3 de la LCEN qui prévoit que les hébergeurs « *ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si [ils] n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où [ils] en ont eu connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.* »
- l'article 6.1.5 de la LCEN qui prévoit une procédure de notification faisant présumer la connaissance par l'hébergeur des faits litigieux ; faute de respecter cette procédure, les faits allégués n'étant pas présumés connus des hébergeurs.
- enfin, les libertés et droits fondamentaux que sont la liberté de communication et d'expression, la présomption d'innocence et des droits de la défense qui interdisent de conférer à une société privée le droit de (pré-)juger du caractère illicite d'un fait, hors intervention d'un juge.

La proposition de la mission consiste donc à remettre en question, par des voies détournées, la question du statut des hébergeurs, et plus généralement des prestataires de service de la société de l'information, ce qui n'entre pas dans le champ de compétence de la mission, aboutissant à une remise en cause implicite des principes posés par la LCEN.

Il est donc impératif que les prestataires de service de la société de l'information dont l'activité consiste à créer et/ou donner accès à des liens hypertextes puissent également bénéficier de cette exception dans l'hypothèse où ils créent et/ou donnent accès à un lien qui pointe vers une œuvre illicite s'ils n'ont pas connaissance que l'œuvre a été initialement mise en ligne sans l'autorisation de l'ayant droit. En d'autres termes, les prestataires de service de la société de l'information devront

pouvoir bénéficier de l'exception jusqu'à ce qu'un ayant droit leur notifie, conformément à l'article 6.I. 5 de la LCEN, l'illicéité du contenu pointé.

En conséquence, il nous apparaît que la mission outrepassé ses prérogatives en prenant position en faveur d'une remise en cause implicite des principes de la LCEN. Il nous semble donc nécessaire d'une part que cette commission recentre ses travaux sur ses objectifs initiaux, et eux seuls, et d'autre part que des initiatives complémentaires soient prises afin de sécuriser le statut juridique des prestataires de service de la société de l'information.

Enfin, la volonté affichée du Conseil de placer le lien hypertexte sous le régime de la communication au public, tout en modulant ses effets par la création d'une exception dont les critères seront impossibles à mettre en œuvre dans le monde de l'internet, nous apparaît comme un détournement de finalité. Le droit d'auteur n'est pas l'outil adapté pour sanctionner les dérives auxquelles certains liens hypertextes, notamment les liens profonds, peuvent mener. D'autres outils existent, notamment dans l'éventail offert par le droit de la responsabilité (concurrence déloyale, parasitisme) pour appréhender de tels types de comportements.

En l'état, la Fédération française des télécoms ne peut donc souscrire aux termes du rapport que le Conseil compte remettre à la ministre de la Culture et de la Communication sur le droit de communication au public.



Rapport de la mission droit et communication au public : vers une nouvelle restriction de la liberté de lier

Paris, le 6 janvier 2017 - Alors que la Commission Européenne envisage la réforme de la directive sur le droit d'auteur, les pouvoirs publics français et en particulier le Ministère de la Culture aiguisent déjà leur argumentaire avec l'aide – ô combien précieuse – du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA). Confiée à Pierre Sirinelli à Me Josée-Anne Benazeraf, et à Alexandra Bensamoun, la mission « Droit et communication au public » vise à revoir le périmètre du droit exclusif, et « *tout particulièrement le droit de communication au public, qui n'apparaît plus forcément adapté à l'univers numérique* ».

Après lecture attentive de cet énième rapport à charge, l'ASIC estime qu'il reflète les positions agressives de certains lobbys d'ayants droit remettant en cause plusieurs des règles fondamentales, adoptées voici plus d'une dizaine d'années, qui ont permis et permettent encore le développement de l'économie numérique tout en sanctuarisant les libertés fondamentales des internautes et des consommateurs à l'ère d'Internet. Comme le Ministère de la Culture souhaite en faire la clé de voûte de la position française lors des prochains débats qui s'ouvrent à Bruxelles, l'ASIC souhaite qu'une meilleure information soit apportée. Cette transparence permettrait ainsi d'éclairer, au mieux, les diverses autorités communautaires qui seront amenées à en analyser le contenu.

Dans cette perspective, **nous souhaiterions savoir si la rédaction de ce rapport est conforme aux nouvelles règles de déontologie applicables au sein du CSPLA** (information du Président du CSPLA par les personnalités qualifiées sur leurs liens notamment financiers avec les autres membres du CSPLA).

Tout pour le droit d'auteur, rien pour les libertés en ligne

La publication de ce rapport intervient alors que la Cour européenne de justice a rendu l'**arrêt GS Media** le 8 septembre dernier portant sur la diffusion de liens hypertexte pointant vers des contenus protégés par le droit d'auteur. Dans cet arrêt, la Cour estime que l'établissement d'un lien hypertexte vers une œuvre mise en ligne illicitement peut constituer un acte de communication au public, nécessitant l'accord préalable des titulaires de droits : **une décision extrêmement favorable aux ayants droit et profondément liberticide.**



Non content de cette jurisprudence, le rapport remis au CSPLA compte aller plus loin dans son entreprise de sape des libertés fondamentales sur le web. Les auteurs du rapport jugent en effet que les ayants droit ont désormais plus de difficultés à démontrer l'atteinte à leurs « droits » dans la mesure où ils doivent également prouver l'intentionnalité sous-jacente à la pose d'un lien « illicite » - en l'occurrence **l'intention lucrative**. La Cour a ajouté en effet trois critères qui permettent de discriminer selon les situations :

- Si le poseur de liens ne poursuit pas de but lucratif, il bénéficiera d'une présomption de bonne foi et il s'agit d'établir qu'il avait conscience de ce caractère illicite pour lui reprocher d'avoir produit ce lien hypertexte ;
- en revanche, si le poseur de liens poursuit un but lucratif, alors la présomption est renversée et il faudra au contraire qu'il apporte la preuve de sa bonne foi ;
- il faut tenir compte de l'équilibre entre la protection du droit d'auteur et la liberté d'expression.

Le rapport remis au CSPLA vient donc de concocter **une position qui a l'audace de dénoncer cette jurisprudence pour proposer d'incorporer des dispositions encore plus néfastes** dans les textes communautaires. Tout un programme !

Les premières décisions rendues par les juridictions nationales montrent à quel point **la jurisprudence GS Media est particulièrement dangereuse** en pratique. Elle a ainsi déjà abouti à la condamnation d'un éditeur de presse et à la condamnation d'un auto-entrepreneur du secteur éducatif. Le premier, journal en ligne belge, a été condamné par une cour suédoise pour un article écrit en français qui comprenait un lien vers YouTube. Le second, un allemand, a été sanctionné par la Cour de Hambourg pour un lien vers une photographiée initialement publiée sur Wikipedia et sous licence libre Creative Commons ! A suivre le rapport du CSPLA, il faudrait donc durcir un régime dont les effets sont pourtant déjà terrifiants :

- un éditeur de presse a été condamné pour un lien dans un de ses articles alors pourtant que la décision de GS Media prévoit qu'il faut tenir compte de la liberté d'information ;
- cet éditeur belge a été poursuivi et condamné en Suède suite à un article publié en français, ce qui montre que la décision GS Media peut favoriser le tourisme judiciaire tout en exposant celui qui se défend à des coûts importants ;
- le lien en question avait été créé en 2012, il s'agissait d'un lien vers une vidéo YouTube dont la titulaire des droits n'a visiblement jamais cherché à la faire retirer en quatre ans, préférant attaquer ceux qui créent des liens (la même personne a engagé en parallèle plusieurs actions contre d'autres éditeurs de presse, certains français - ces instances sont toujours en cours) ;
- même quand on crée un lien vers une simple image publiée sous la licence ouverte Creative Commons on peut être reconnu coupable de contrefaçon.

Une remise en question durable de la liberté de lier

Selon les auteurs du rapport, « les ayants droit ne peuvent compter ni sur la prévisibilité ni sur la sécurité que l'on est en droit d'attendre d'un système juridique ». Par cette juxtaposition de jurisprudences, la Cour de Luxembourg créerait par extension « un régime d'exception » aux poseurs de liens hypertexte, un régime qui serait hautement préjudiciable aux ayants droit.



Mais les auteurs du rapport **omettent plusieurs points essentiels** :

- **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.** Ils ne servent qu'à faciliter leur découverte. Quel que soit le mode selon lequel ou le moyen technique par lequel ils ont été insérés, les hyperliens ont pour fonction de permettre à des tiers d'accéder à des contenus numériques déjà mis en ligne ;
- De plus, il peut s'avérer complexe, notamment pour des particuliers qui souhaitent placer de tels liens, de vérifier si le site Internet, vers lequel ces derniers sont censés mener, donne accès à des œuvres qui sont protégées et, le cas échéant, si les titulaires des droits d'auteur de ces œuvres ont autorisé leur publication sur Internet. Une telle vérification s'avère d'autant plus difficile lorsque ces droits ont fait l'objet de sous-licences. Par ailleurs, le contenu d'un site Internet, auquel un lien hypertexte permet d'accéder, peut être modifié après la création de ce lien, incluant des œuvres protégées, sans que la personne ayant créé ce lien en soit forcément consciente.

Sous couvert de revenir aux « objectifs d'intérêt public fondamentaux », les auteurs du rapport proposent en réalité de défaire **les directives actuelles garantissant l'équilibre nécessaire entre le respect de la propriété intellectuelle et le libre développement de la société de l'information.**

Vers une censure généralisée du web

Internet revêt une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations. Le CSPLA compte pourtant utiliser l'opportunité de la révision de la directive sur le droit d'auteur pour revenir aux fondamentaux de la création : cette **sacro-sainte autorisation systématique avant toute mise en ligne - « communication au public » - d'une œuvre !**

- Si la France venait à aligner sa position sur ce rapport, elle **participerait à la fragilisation des fondements de base du fonctionnement du web, en créant de fortes sources d'incertitude** pour toute personne ou entité qui cherchera à établir un lien hypertexte ;
- **Par ailleurs, si l'UE reprenait ces propositions dans les textes communautaires, des systèmes de censure et de sanctions automatisés (robocopyright, etc.) pourront opérer.** L'arrêt GS Média évite cet écueil puisque la nécessité de vérification au cas par cas empêche toute systématisation de la sanction ;
- L'ASIC veillera à inclure la voix des citoyens aux discussions pour défendre un écosystème de l'internet préservant la liberté des internautes à utiliser les liens hypertextes.

L'ASIC s'opposera aux dérives figurant dans ces propositions, au nom de la défense des libertés des internautes dans l'environnement numérique.

Réaction de l'UFC-Que Choisir au rapport de la mission sur le « droit de communication au public » lancée par le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique

Introduction

Suite à la publication du rapport définitif¹ de la mission consacrée au droit de communication au public (ci-après « la Mission »), l'UFC-Que Choisir saisit l'opportunité qui lui est laissée de réagir à ce rapport. Ceci lui permet de proposer au ministère de la Culture, et plus largement au grand public, un point de vue dénotant avec celui exprimé par la Mission.

A titre liminaire l'UFC-Que Choisir tient à indiquer que son propos ne portera que sur la dimension centrale du rapport : l'assimilation du lien hypertexte à un acte de communication au public. En effet, il apparaît clairement qu'en termes consuméristes il s'agit là de l'enjeu majeur dudit rapport.

La réaction de l'UFC-Que Choisir s'articule en deux temps. Dans un premier temps nous procédons à l'analyse critique des positions de la mission en montrant qu'elles ne peuvent que difficilement prétendre s'appuyer sur les textes internationaux du droit d'auteur pour justifier qu'un hyperlien menant vers un contenu protégé constitue systématiquement un acte de communication du contenu pointé. Nous montrons également que les propositions de la Mission sont en réalité faussement équilibrées et sont porteuses d'une grande insécurité juridique pour les poseurs de liens. Dans un deuxième temps, l'UFC-Que Choisir présente sa propre analyse de la situation. Cette analyse adopte une dimension « technico-juridique », une dimension économique, et une dimension consumériste. L'association expose par la suite ses positions qui prennent appui sur les constats précédemment émis et qui visent à ne pas faire des consommateurs les victimes de ce qui serait une monétisation injustifiée des hyperliens au bénéfice des ayants droit.

1) Rapport de la mission : une analyse qui ne convainc pas, des propositions porteuses de dangers pour les poseurs de liens

Tout en soulignant l'intérêt intellectuel du rapport de la mission, l'UFC-Que Choisir note que l'analyse des membres de la Mission ne constitue en rien une surprise. En effet, le rapport présenté fait, sinon totalement, au moins en grande partie, écho aux visions exprimées par les ayants droit et leurs représentants, notamment lors des plénières du CSPLA. Au-delà de ce simple constat, il est remarquable que ce soit sur la base d'une analyse qui ne parvient pas à convaincre que la Mission propose des solutions dangereuses pour les internautes et plus largement pour le bon fonctionnement d'Internet.

Une mobilisation de la Convention de Berne qui n'a pas la pertinence revendiquée par la Mission

Toute la logique du rapport de la Mission repose sur la critique de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Cette jurisprudence s'écarterait des canons du droit d'auteur et principalement de la Convention de Berne.

De manière schématique, et sans trahir son propos, d'après le rapport de la Mission si l'article 11 bis alinéa 1 paragraphe ii) de la Convention de Berne avait été rigoureusement appliqué par la CJUE, cette dernière n'aurait pas pu prendre la liberté d'élaborer une complexe et hétérodoxe construction jurisprudentielle. Or, l'assertion n'est guère convaincante.

¹ La version définitive du rapport ne procédant qu'à de marginales modifications de la version provisoire discutée lors de la séance plénière du CSPLA du 12 novembre 2016, les éléments que l'UFC-Que Choisir formulera ici reprendront en grande partie ceux exposés lors de la plénière. Bien évidemment, nous procéderons ici de telle sorte à ne pas formuler des critiques concernant des éléments du rapport provisoire qui ne sont plus présents dans le rapport définitif.



L'article susmentionné stipule que « *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser [...] toute communication publique, soit par fil soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine* ». Il est difficilement admissible que cet article concernant les œuvres radiodiffusées couvre l'ensemble des problématiques relatives au droit de communication au public traitées par la CJUE. Particulièrement, on ne voit pas en quoi doit découler de sa lecture l'idée selon laquelle un hyperlien constitue selon la Convention de Berne un acte de communication au public.

Si on peut rejoindre la Mission pour admettre que la CJUE a développé un concept – le « public nouveau » – qui ne prend appui sur aucun texte international, on ne peut pas s'accorder avec elle pour considérer que la CJUE prend des distances avec les règles qui auraient été jusqu'alors établies. En réalité, ni la Convention de Berne, ni la directive 2001/29 ne font de quelconques références aux hyperliens. **La construction adoptée par la CJUE n'est que la conséquence logique de l'incapacité de ces textes à cerner les nouvelles pratiques sur Internet.**

Il doit être souligné ici qu'il serait hâtif pour un lecteur du rapport de la Mission de considérer que l'analyse à laquelle procèdent ses trois membres constitue une évidence, et qu'elle représente la doxa des universitaires spécialisés sur les questions relatives au droit d'auteur. A titre d'illustration, deux professeurs de droit, Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, auteurs d'un ouvrage de référence sur le droit d'auteur et les droits voisins² jugent à l'opposé des membres de la Mission que « *Le lien crée une facilité mais non pas une situation juridique nouvelle. Aucune atteinte n'est portée au droit de représentation qui appartient à l'auteur de la 'cible'* ». On notera également qu'une personnalité qualifiée du CSPLA, Valérie-Laure Benabou, professeure de Droit privé à l'Université d'Aix-Marseille, développe une analyse qui est loin de converger avec celle des membres de la Mission³. On doutera ici que les membres de la Mission puissent reprocher à leurs collègues spécialisés dans les thématiques du droit d'auteur leur manque de « technicité » en la matière.

Des propositions aux effets néfastes sur les poseurs de liens et l'organisation d'Internet

Se référant à ce qui est considéré être une bonne lecture du droit, le rapport juge nécessaire d'amender l'article 3 de la directive 2001/29 de telle sorte à clarifier la situation⁴ : tous les hyperliens menant vers un contenu protégé par le droit d'auteur doivent constituer une mise à disposition du contenu, et donc un acte de communication au public de ce contenu. Ils rentrent donc systématiquement dans le champ du droit d'auteur.

Cependant, la Mission, non pas semble-t-il par conviction mais par nécessité politique, accompagne cette évolution de l'article 3 par la création d'une nouvelle exception en son article 5 censée préserver la « liberté de lier ». Cette exception est en réalité en grande partie fictive et fait naître de grandes craintes quant à ses impacts sur les consommateurs.

Quatre conditions cumulatives doivent être remplies pour que l'exception s'applique.

En **premier lieu**, « *Le créateur de l'hyperlien ne doit pas savoir ou avoir des raisons de penser que l'œuvre ou le contenu protégé est communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite sur le site visé* ». S'il est particulièrement savoureux de constater que cette condition adopte une terminologie qu'on pourrait penser empruntée à celle de la CJUE dans son arrêt GS Media (pourtant abondamment critiquée par la Mission), il doit surtout être signalé qu'elle est, dans le fond, assez difficilement applicable. Un internaute posant un lien vers un contenu ne serait pas systématiquement en mesure de savoir (même après avoir cherché à obtenir l'information) si le contenu vers lequel il pointe a été ou non mis en ligne avec l'autorisation

² Vivant M. et Bruguière J.-M. (2016), *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^{ème} édition.

³ <https://vlbenabou.wordpress.com/2016/10/15/gs-mediaaaaargh/>

⁴ Pour simplifier sa lecture, le présent document réagit à l'« approche globale » qui a la préférence des membres de la Mission et qui revêt une dimension plus large que l'« approche ciblée ».



des titulaires de droits sur ce contenu. Qui jugerait si l'internaute a ou non « des raisons de penser » que le contenu pointé est illicite ? En réalité, l'insécurité juridique pour les poseurs de liens découle de cette condition.

En **deuxième lieu**, « *L'œuvre ou l'élément protégé pointés par le lien doivent être **librement accessibles** sur le site visé* ». Présentée ainsi, cette condition peut paraître acceptable. Seulement, pour la Mission, le contournement d'une mesure technique de protection (MTP) n'est pas le seul élément permettant de juger qu'un hyperlien constitue une « contrefaçon ». Elle considère également que si les conditions générales d'utilisation (CGU) d'un site présentant un contenu protégé par le droit d'auteur précisent l'interdiction pour quiconque de poster un hyperlien vers son contenu, alors il sera considéré que cet hyperlien pointe vers un contenu non librement accessible.

Or, il est assez irréaliste de penser que la lecture des CGU d'un site soit réalisée par quiconque voudrait créer un lien vers un contenu dudit site. Qui plus est, il est remarquable qu'une évolution des CGU pourrait à tout moment rendre illégaux les liens qui, lorsqu'ils ont été postés, étaient en conformité avec ces conditions. Dès lors, cette condition à l'application de l'exception n'est pas acceptable.

En **troisième lieu**, « *Le créateur de lien ne doit **pas poursuivre de but lucratif*** ». Le but lucratif ne s'entend pas ici par la seule perception d'un prix pour l'utilisation du lien et son périmètre est particulièrement lâche. Sans entrer ici dans le débat sur la justification à faire du but lucratif un critère d'application de l'exception, il convient de souligner que le paramètre du but lucratif doit être lu à travers le prisme d'une autre disposition que souhaite introduire la Mission. Pour répondre à une problématique présente dans l'arrêt *SBS*⁵ de la CJUE concernant la transmission par un organisme de radiodiffusion de signaux porteurs de programmes à ses distributeurs, elle souhaite compléter l'article 3 de la directive 2001/29 avec cet ajout :

« Lorsqu'une personne physique ou morale initie un acte de communication au public et/ou de la mise à la disposition du public en transmettant à une autre personne physique ou morale une œuvre et/ou un objet protégé afin que cette dernière en donne accès au public, ces personnes réalisent ensemble un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public. Elles sont toutes deux conjointement responsables d'un tel acte unique et indivisible ».

Bien que la Mission ne fasse jamais explicitement le rapprochement entre cet amendement à l'article 3 de la directive 2001/29, censé clarifier les responsabilités entre éditeurs de contenus et diffuseurs de contenus sur la question du droit de communication au public, et les éléments concernant spécifiquement les hyperliens, ils ne sont en réalité pas indépendants. Effectivement, transposé aux pratiques sur Internet, cet article permettrait de considérer qu'un site sur lequel est posté un lien réalise conjointement avec la personne qui poste ce lien un acte de communication au public. Autrement dit, les différentes plateformes ou intermédiaires techniques sur Internet seraient juridiquement coresponsables des liens postés par leurs utilisateurs. Il en serait de même pour les moteurs de recherche. Les sites offrant des forums permettant à leurs utilisateurs de poster des hyperliens seraient également affectés. Or, même si les particuliers postant des hyperliens le faisaient sans but lucratif, cette absence de but lucratif ne pourrait à l'évidence qu'être difficilement évoquée par ces plateformes.

Enfin, en **quatrième lieu**, « *L'hyperlien ne peut donner à l'internaute utilisateur l'impression de consulter l'œuvre sur le site proposant le lien* ». Il est ici compréhensible que ce qui importe pour les créateurs de contenus est qu'ils soient consultés dans l'environnement économique de leur choix.

Au global, cette construction de l'exception réalisée par la Mission poserait de sérieux problèmes pour les poseurs de liens si elle devait s'inscrire dans le marbre législatif européen. Pour les poseurs de liens,

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0325&from=FR>

l'insécurité juridique prévaudrait. En effet, nous l'avons déjà évoqué, il est difficile pour une personne postant un lien de s'assurer de la licéité du contenu vers lequel il pointe. Il lui est également difficile, voire impossible, de déterminer à tout moment si les conditions générales d'utilisation du site dont le contenu est pointé par l'hyperlien, autorisent ou non l'existence d'un tel hyperlien. L'insécurité juridique découlerait en outre de ce que l'hyperlien devrait être posé sans but lucratif. Dans le cas de la pose d'un hyperlien sur un blog exposant une publicité, le but lucratif pourrait être retenu. Si un éditeur de presse posait un hyperlien sur son site – qui dispose de publicités – vers un contenu qui lui est externe, le but lucratif pourrait être retenu. Si un autre éditeur ne présentant pas sur son site de publicité mais proposant du contenu payant postait un hyperlien, le but lucratif pourrait être retenu. Dès lors que nous serions en présence de cette insécurité juridique pour le poseur de liens et que le risque d'être poursuivi pour contrefaçon serait présent, il existerait une dissuasion à la pose d'hyperliens. La capacité de tous à bénéficier de ce transport sur Internet qu'est l'hyperlien serait grandement diminuée.

Nous le voyons donc, l'approche adoptée par la Mission paraît à la fois infondée et n'est pas sans dangers pour les poseurs d'hyperliens. Ceci justifie que d'autres visions puissent être élaborées. L'UFC-Que Choisir juge nécessaire de présenter la sienne.

2) Analyse et positions de l'UFC-Que Choisir sur la relation entre hyperlien et acte de communication au public

Si l'analyse du rapport de la Mission met en évidence que ses propositions sur les hyperliens ne peuvent pas se rattacher aux textes internationaux sur le droit d'auteur, la question de savoir s'il serait légitime que les hyperliens soient intégrés dans le champ du droit d'auteur mérite d'être posée. Pour répondre à cette question, et au regard de son attitude systématique consistant à reconnaître le droit pour les créateurs de bénéficier d'une juste rémunération liée à l'exploitation de leurs œuvres, l'UFC-Que Choisir mêle trois paramètres à sa réflexion : la logique « technico-juridique » à considérer qu'un hyperlien constitue un acte de communication au public, les justifications économiques à la monétisation des hyperliens et, enfin, les risques qui pèseraient sur les consommateurs *stricto sensu* au regard en cas d'assimilation entre hyperliens et actes de communication au public. Par la suite, l'UFC-Que Choisir expose sa « doctrine » sur la relation entre hyperliens et droit de communication au public.

Hyperlien et acte de communication au public : une articulation à géométrie variable

Comme évoqué précédemment, l'invocation de la Convention de Berne ne permet pas de considérer qu'un hyperlien constitue un acte de communication au public de l'œuvre vers laquelle il pointe. Pour autant, ce constat ne répond pas à la question de savoir s'il serait *logique* que les hyperliens intègrent le champ du droit d'auteur. Pour répondre à cette question, il est justifié de procéder à une analyse basée sur la méthode de « l'équivalence fonctionnelle ». Concrètement, il s'agit de déterminer si un hyperlien, par sa fonction, trouve ou non une équivalence dans une pratique couverte par la Convention de Berne. Nous distinguons ici deux types d'hyperliens : l'hyperlien classique et l'hyperlien faisant appel à la technique dite de la « transclusion ».

Le cas de l'hyperlien « classique »

Incontestablement, si une personne met un contenu sur un site Internet, elle le met à la disposition des personnes qui pourraient être amenées à aller sur ce site. Il est bien plus difficile de considérer que cette caractéristique s'applique à l'hyperlien posté sur un autre site pointant vers ce contenu. Pour s'en convaincre une analogie peut être adoptée.

Sous sa forme classique, l'hyperlien est un moyen pour un internaute l'utilisant de se rendre vers le contenu tel qu'il est annoncé par la personne postant le lien. Transposé à l'univers physique, cet enchaînement (existence de l'information sur la destination du lien et moyen de parvenir à cette destination via l'utilisation du lien)



pourrait correspondre à l'activité conjuguée d'un crieur public annonçant un événement et d'un cocher proposant à ceux souhaitant s'y rendre de les y conduire. Est-ce pour autant que le cocher « met à la disposition » des personnes présentes dans la calèche le spectacle où elles se rendent ? Est-ce pour autant que son action de transport doit tomber dans le champ du droit d'auteur ? A ces questions, des réponses différenciées peuvent être apportées en fonction du mode de communication originel.

Si le spectacle est public, l'action du cocher se limite au seul transport : il n'y a pas mise à disposition à qui que ce soit du spectacle. Il en est exactement de même concernant le lien hypertexte. Puisqu'aucun ayant droit ne pourrait mobiliser le droit d'auteur, tel qu'il existe actuellement, pour réclamer au cocher le paiement d'un droit – ou plus globalement l'obtention d'une autorisation – pour conduire des personnes à un spectacle public, rien ne justifierait qu'il leur soit permis de réclamer à la personne postant un lien vers un contenu librement accessible une quelconque rémunération⁶.

Toutefois, si le spectacle est privatisé et que le cocher, en forçant l'entrée, s'affranchit des règles établies par les auteurs du spectacle pour limiter l'audience à un public prédéfini, alors la mise à disposition est caractérisée. Appliqué à l'hyperlien, ce schéma correspond à un cas où il contourne une MTP. Ce ne serait donc pas trahir la Convention de Berne que de considérer que cet hyperlien constitue un acte de communication au public.

Le cas particulier de la transclusion

Ce type d'hyperlien prend la forme du contenu vers lequel il pointe. La différence de nature entre un hyperlien classique et un hyperlien faisant appel à la transclusion est aisément perceptible. Même si *techniquement* peu de choses diffèrent entre ces hyperliens, dans les faits il s'agit pour le poseur de ce dernier lien d'« importer » vers sa propre page le contenu pointé.

En prenant à nouveau en référence l'équivalence fonctionnelle dans l'univers physique, une analogie pourrait être faite avec une personne filmant en direct un spectacle, librement accessible ou non, et le diffusant, en direct ou en différé, sur un écran auprès d'un public non présent sur le lieu d'origine de cette représentation artistique. Ici cet acte contreviendrait probablement aux dispositions de la Convention de Berne qui laissent aux titulaires de droits un contrôle intégral de la communication de leurs œuvres, qu'il s'agisse de sa transmission initiale ou de sa retransmission. En conséquence, l'idée de considérer qu'un hyperlien faisant appel à la transclusion constitue une mise à disposition de l'œuvre et entre à ce titre dans le champ du droit d'auteur ne serait pas excessive.

Hyperlien : une monétisation qui ne se justifie que peu

Bien que le rapport de la Mission se pare d'une simple et neutre analyse juridique, il n'est pas inopportun de considérer que les ayants droit, thuriféraires de ce rapport, le mobilisent pour dépasser le débat doctrinal et porter la discussion sur la monétisation des hyperliens. De nombreux titulaires de droits souhaiteraient en effet prendre appui sur l'insertion des hyperliens dans le champ du droit d'auteur pour les monétiser, notamment au regard du préjudice économique qu'ils leur causeraient. Il convient ici de regarder objectivement le préjudice économique que peuvent subir les titulaires de droit au regard des pratiques actuelles.

Un hyperlien constitue une promotion du contenu qu'il pointe. A titre d'exemple, un média ou une quelconque page Internet mettant un contenu à la disposition des internautes, ne pourra que se réjouir que les hyperliens pointant vers ce contenu se multiplient sur le web. Grâce à cet afflux de visiteurs permis par les

⁶ La seule différence entre la calèche et l'hyperlien sera le « coût de transport » pour son utilisateur, positif dans l'univers physique, et nul dans le monde numérique. Mais cette différence n'est en rien pertinente pour que la nature divergente des deux actes de transport puisse être établie.



hyperliens, l'éditeur du contenu pourra monétiser son exposition accrue, via la publicité, ou, éventuellement, en donnant davantage de visibilité à son contenu payant.

Evidemment, si ces hyperliens mènent vers des contenus mis en ligne sans l'autorisation des titulaires de droit, ils aboutissent à offrir une meilleure visibilité à ces contenus, ce qui n'est pas de nature à réjouir les ayants droit. Est-ce à dire qu'il est indispensable que le préjudice économique éventuellement causé par ces hyperliens puisse être réparé via le droit de communication au public ? La réponse est non. En effet, et **sans qu'il soit nécessaire de mobiliser ce droit de communication, les ayants droit ne sont pas dépourvus de recours pour faire cesser et sanctionner les pratiques pouvant leur nuire.**

Comme le note Valérie-Laure Benabou, en l'état actuel du droit « *il n'est nullement nécessaire d'assimiler le lien à un acte de communication au public pour punir celui qui intentionnellement pointe vers des contenus illicites, il suffit de caractériser la complicité de contrefaçon par fourniture de moyens ou le recel*⁷ ». Ces procédures ayant lieu par la voie pénale, les actes intentionnellement malveillants pourraient être condamnés.

Cette approche complète d'ailleurs celle évoquée par l'avocat général Melchior Wathelet, dans ses conclusions dans l'affaire *GS Media*⁸. Il y précise qu'à défaut de condamner les personnes postant les liens vers des contenus illicites via la mobilisation du droit de communication au public, les ayants droit peuvent agir sur la disponibilité de la source primaire en demandant qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des exploitants des sites qui agissent en tant qu'intermédiaires pour mettre à la disposition du public ces contenus de manière illicite. Supprimant ces contenus à la source, cette action conduirait inmanquablement à faire des hyperliens ayant auparavant menés à ces contenus des coquilles vides.

On précisera également que selon des dispositions qui ne sont pas généralisées en Europe mais qui existent notamment en France, les ayants droit peuvent parfaitement poursuivre les sites ou personnes fournissant des hyperliens menant vers des contenus protégés mis illégalement à la disposition du public pour *concurrence déloyale* ou encore *parasitisme économique*.

Dans le cas particulier de la transclusion, la lecture du contenu se faisant en dehors de l'environnement économique choisi par son créateur, un impact économique est susceptible d'exister. On notera cependant d'une part que cet impact peut être limité dans le cas de la transclusion d'une vidéo puisque la publicité qui y est généralement intégrée bénéficie au créateur du contenu. On notera d'autre part, et surtout, que cet impact est encore limité, voire nul, quand l'éditeur du contenu a choisi de faire appel à une plateforme de partage de vidéo pour mettre en ligne son contenu. En passant par cette plateforme, il renonce à faire de son environnement économique le seul où son contenu est consultable.

Cela étant, dans des cas particuliers, la transclusion pourrait porter un réel préjudice économique aux éditeurs de contenus. Notamment, en apportant un afflux de connections sur ses serveurs informatiques, les hyperliens faisant appel à la transclusion pourraient surcharger le site où le contenu est posté et le bloquer. Globalement, l'existence d'un préjudice ne pourrait être reconnue que si les méfaits de la transclusion dépassent ses effets bénéfiques pour le créateur du contenu.

La transclusion concerne également les arts plastiques, ou plus largement l'image, et est utilisée principalement par les moteurs de recherche, *Google Images* étant le principal praticien de cette technique sur la toile. Ici le préjudice pour les titulaires de droit liés à la pratique de Google est probablement inexistant, puisque les images que Google met à la disposition du public sont dans les faits utilisées par les internautes pour aller vers le site cible. Les hyperliens constituent donc une publicité bienvenue pour les titulaires de

⁷ Cf. *supra*.

⁸

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175626&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=379885>

droits. Qui plus est, il est techniquement possible pour un site d'empêcher ce référencement de l'image. Si cette action rendant techniquement impossible son référencement n'était pas entreprise par le site, il serait alors anormal qu'il demande une compensation aux moteurs de recherche pour ce référencement. Par son attitude, ce site se créerait en effet ses propres débiteurs.

Insertion des hyperliens dans le champ du droit d'auteur : de nombreux effets indésirables sur les consommateurs

L'UFC-Que Choisir ne peut en aucun cas accepter que les intérêts des consommateurs soient injustement atteints. Or, ce serait en grande partie le cas si les hyperliens étaient assimilés à des actes de communication au public. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre en compte les propositions formulées par la Mission et de déterminer leurs impacts concrets sur les consommateurs. **Au moins trois risques peuvent être évoqués :**

- (i) **Un risque monétaire.** Effectivement, si les plateformes tenues responsables des liens postés sur ces plateformes par leurs utilisateurs devaient payer une licence légale⁹ pour ne pas s'exposer à des poursuites judiciaires, une répercussion du coût d'acquisition des licences légales sur le prix de l'accès aux services en ligne serait tout à fait envisageable. L'exemple de la redevance pour copie privée met en évidence qu'en bout de chaîne ce sont les consommateurs qui payent¹⁰ ;
- (ii) **Un risque d'amoindrir les avantages qu'ils peuvent tirer de la concurrence et leur capacité d'accès à l'innovation.** Si des licences légales apparaissent, seuls les plateformes et les éditeurs de contenus les plus puissants pourraient avoir les moyens de payer ces licences qui seraient en conséquence un frein au développement de la concurrence entre plateformes (et éditeurs de contenus) et par suite à l'innovation ;
- (iii) **Un risque de compliquer l'accès à l'information.** Face aux incertitudes liées à la pose des liens ou encore face aux difficultés à accéder aux hyperliens s'ils devaient être monétisés, leur développement pourrait subir un arrêt. Leur nombre pourrait même régresser. Si les hyperliens devaient être monétisés ou alors interdits si les plateformes refusaient de payer des licences, alors ce facilitateur d'accès à l'information disparaîtrait. Or, dans l'une de ses dimensions, l'information est primordiale pour les consommateurs lorsqu'il s'agit d'arbitrer entre différents biens ou services.

Positions de l'UFC-Que Choisir sur le statut de l'hyperlien

De l'analyse qu'elle vient de présenter, l'UFC-Que Choisir formule ses positions relatives à l'articulation entre hyperliens et droit de communication au public.

En **premier lieu**, l'UFC-Que Choisir considère que la fourniture au public d'un hyperlien « classique » menant vers un contenu soumis au droit d'auteur librement accessible sur Internet ne saurait être assimilée à un acte de communication au public de ce contenu. Non seulement cet hyperlien ne constitue pas un acte de communication au public, mais, en outre, il ne doit en aucun cas le devenir. Cette position prend appui non seulement sur l'exigence de défense des intérêts des consommateurs, mais également sur le fait que rien ne justifierait juridiquement que ces hyperliens pénètrent le champ du droit d'auteur via le droit de communication au public.

En **deuxième lieu**, l'UFC-Que Choisir juge que si jamais les hyperliens faisant appel à la technique de la transclusion devaient être considérés comme constituant un acte de communication au public, il serait indispensable que la création de tels hyperliens bénéficie d'une exception au droit exclusif des auteurs, et soit

⁹ Il ne s'agit pas d'une vue de l'esprit : les ayants droit ont déjà manifesté leur intérêt pour la mise en place de telles licences.

¹⁰ <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-copie-privee-le-vrai-prejudice-des-consommateurs-francais-n12085/>



exemptée de toute compensation. La seule condition justifiant une dérogation à une telle exception serait qu'en raison de la création d'hyperliens menant vers son contenu, son créateur subisse un « préjudice net ».

La légitimité de la création d'une exception serait pleinement établie dans les cas où le préjudice subi par les ayants droit ne serait pas injustifié. L'environnement de l'Internet étant évolutif, il serait illusoire de lister les critères permettant d'identifier qu'un préjudice lié à la pose de liens faisant appel à la transclusion n'est pas injustifié. Au regard de ce qui a été mis en évidence précédemment, certains critères peuvent cependant être mis en avant pour justifier la création de cette exception. Ils tiennent tout d'abord compte de l'éventuelle existence d'un préjudice économique pouvant être subi par les éditeurs de contenus et de la nécessité qu'une dérogation à une exception au droit d'auteur pour les hyperliens faisant appel à la transclusion n'affecte pas injustement les consommateurs.

La création d'une exception serait donc tout d'abord motivée par l'absence de préjudice économique pour les ayants droit, particulièrement si par leur comportement ils renoncent *de facto* à ce que leur contenu ne soit disponible que dans leur environnement économique. A défaut de préjudice, il n'y aurait donc pas, a fortiori, de préjudice injustifié, et aucune contestation possible à la création d'une exception (telle que conditionnée par le triple test).

Il serait également juste de considérer le préjudice économique en termes du rapport coût/bénéfice de la pose de l'hyperlien faisant appel à la technique de la transclusion pour l'éditeur du contenu. Par exemple la situation est bien différente, lorsqu'il existe un coût pour l'éditeur d'un contenu lié à mise en place d'un hyperlien y menant, selon que ce coût soit couvert ou non par les bénéfices tirés de la plus grande visibilité donnée à son contenu grâce à cet hyperlien.

La création d'une exception serait ensuite motivée par l'existence d'un préjudice qui trouverait une justification pleinement établie si les risques consommateurs liés à l'insécurité juridique de la pose des hyperliens ou leur monétisation (risque monétaire, risque d'affaiblir la concurrence et l'innovation, risque en termes d'accès à l'information) devaient se manifester. Ce risque de monétisation des hyperliens justifie également de considérer inopportune la présence d'une contrepartie financière à l'exception.

En **troisième lieu**, l'UFC-Que Choisir considère que si la fourniture d'un hyperlien devait constituer un acte de communication au public, alors seule la personne ayant posté l'hyperlien devrait répondre de cet acte de communication. Il serait alors établi que la personne ou l'organisme ayant fourni le moyen technique nécessaire à la visibilité de cet hyperlien n'est en rien associé à cet acte de communication au public.

L'UFC-Que Choisir souhaite ici à nouveau prémunir les consommateurs des dangers qui pèseraient sur eux si les hyperliens étaient considérés par la législation comme caractérisant un acte de communication au public et si dans le même temps les plateformes qui aujourd'hui permettent à leurs utilisateurs de réaliser des hyperliens devaient être juridiquement coresponsables des actes de communication au public réalisés par ces utilisateurs. Nous l'avons vu, les conséquences seraient néfastes pour les consommateurs en termes monétaires, en termes d'accès à un Internet favorisant la concurrence et l'innovation, et en termes de facilité d'accès à l'information.

Il convient ici d'indiquer la cohérence de cette proposition de position avec le statut de responsabilité limitée de l'hébergeur, consacrée par la directive 2001/31 dite « commerce électronique » qui empêche quiconque de tenir responsables ces hébergeurs pour les activités illégales commises par des tiers qui feraient appel à leurs services. Ces hébergeurs ne disposent cependant pas d'un blanc-seing, puisqu'ils ont l'obligation de supprimer les contenus illégaux qu'ils hébergent lorsqu'ils sont informés de cette caractéristique.



Conclusion

Si le rapport de la Mission repose sur un travail qui mérite de ne pas être mésestimé, force est de constater que l'analyse juridique sur laquelle repose ses propositions ne convainc pas sur de nombreux points. Bien qu'on puisse admettre avec la Mission que la CJUE a élaboré sur la question des hyperliens une jurisprudence qui ne s'appuie pas sur les textes internationaux encadrant le périmètre du droit d'auteur, on ne peut toutefois que contester l'idée selon laquelle cette jurisprudence *s'opposerait* à ces textes. Elle comble tout simplement leur vide sur la question des hyperliens.

Dès lors, les propositions de la Mission sont très loin de couler de sens. Effectivement, une vision technico-juridique permet de démontrer qu'il n'y a aucune justification à ce que de nombreux hyperliens, au regard de leurs caractéristiques, soient considérés comme caractérisant un acte de communication au public. Si certains hyperliens, et particulièrement ceux faisant appel à la transclusion, ont des particularités qui pourraient justifier qu'ils caractérisent un acte de communication au public, il existe de nombreuses raisons qui appuieraient l'idée selon laquelle ces hyperliens devraient bénéficier d'une exception au droit d'auteur. Notamment, l'absence de préjudice économique injustifié, validerait l'élaboration d'une telle exception.

En tout état de cause, l'UFC-Que Choisir manifeste son opposition aux propositions de réformes défendues par la mission. Infondées dans leur principe, leur application ferait, en outre, naître de grandes incertitudes juridiques pour les poseurs de liens et, plus largement, affecterait de manière particulièrement injuste les consommateurs.