



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 7 avril 2016¹

Affaire C-160/15

GS Media BV
contre
Sanoma Media Netherlands BV,
Playboy Enterprises International Inc.,
Britt Geertruida Dekker

[demande de décision préjudicielle formée par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas)]

«Renvoi préjudiciel — Droit d'auteur et droits voisins — Directive 2001/29/CE — Société de l'information — Article 3, paragraphe 1 — Communication au public — Site internet — Mise à la disposition du public d'hyperliens vers des œuvres librement accessibles sur un autre site Internet — Absence d'autorisation du titulaire»

I – Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle du 3 avril 2015 déposée au greffe de la Cour le 7 avril 2015 par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) porte sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information².

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant GS Media BV (ci-après «GS Media») à Sanoma Media Netherlands BV (ci-après «Sanoma»), à Playboy Enterprises International Inc. (ci-après «Playboy») et à M^{me} Dekker (ci-après, ensemble, «Sanoma e.a.»), au sujet notamment de la publication sur le site Internet *GeenStijl.nl* (ci-après «GeenStijl»), exploité par GS Media, d'hyperliens (ou «liens cliquables») vers d'autres sites permettant de visualiser des photographies piratées de M^{me} Dekker, réalisées pour la revue *Playboy*.

II – Le cadre juridique

3. Les considérants 2 à 5, 9, 23 et 31 de la directive 2001/29 énoncent ce qui suit:

«(2) Le Conseil européen [...] a souligné la nécessité de créer un cadre juridique général et souple au niveau de la Communauté pour favoriser le développement de la société de l'information en Europe. [...].

1 — Langue originale: le français.

2 — JO L 167, p. 10.

- (3) L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général.
- (4) Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux, et favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels. [...]
- (5) L'évolution technologique a multiplié et diversifié les vecteurs de création, de production et d'exploitation. Si la protection de la propriété intellectuelle ne nécessite aucun concept nouveau, les règles actuelles en matière de droit d'auteur et de droits voisins devront être adaptées et complétées pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation.

[...]

- (9) Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle. Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. [...]

[...]

- (23) La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion.

[...]

- (31) Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. [...]

4. L'article 3 de cette directive dispose:

«1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[...]

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.»

5. L'article 6 de ladite directive prévoit:

«1. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif.

[...]

3. Aux fins de la présente directive, on entend par 'mesures techniques', toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE [du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77, p. 20)]. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

[...]»

6. L'article 8 de la même directive énonce:

«1. Les États membres prévoient des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

[...]

3. Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.»

7. L'article 14 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur³, intitulé «Hébergement», dispose:

«1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

3 — JO L 178, p. 1.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.»

8. L'article 11, troisième phrase, de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle⁴, dispose:

«Les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive [2001/29].»

III – Le litige au principal et les questions préjudicielles

9. Sanoma, l'éditeur de la revue mensuelle *Playboy*, a commandé à un photographe, M. Hermès, la réalisation d'un reportage photographique sur M^{me} Dekker. M^{me} Dekker apparaît régulièrement dans des programmes télévisés aux Pays-Bas. Le photographe a donné à Sanoma mandat de le représenter afin d'assurer la protection et le respect de ses droits de propriété intellectuelle résultant de la mission en question.

10. Le 27 octobre 2011, GS Media, qui exploite le site Internet *GeenStijl*, a publié une annonce intitulée «[mot obscène]! Photographies de [...] Dekker nue». En marge de cette annonce, figurait, dans le coin supérieur gauche du site, une partie d'une des photographies. L'annonce se terminait par le texte suivant: «Et maintenant le lien avec les photographies que vous attendiez. Le premier [mot obscène], [mot obscène] le premier. ICI. [...]». En cliquant sur un hyperlien intitulé «ICI», les lecteurs étaient dirigés vers un site australien de stockage de données dénommé *Filefactory.com*. En cliquant sur l'hyperlien suivant, ils pouvaient ouvrir une nouvelle fenêtre qui contenait une invitation à «télécharger maintenant» («Download now»). En cliquant sur ce bouton, le lecteur ouvrait un fichier au format .zip qui contenait onze fichiers au format.pdf contenant chacun une des photographies.

11. Malgré les sommations de Sanoma, GS Media a refusé de supprimer l'hyperlien en question. En revanche, les photographies ont été supprimées du site Internet *Filefactory.com*.

12. Le 7 novembre 2011, on pouvait lire sur le site *GeenStijl* une annonce intitulée «Blote [Dekker] gaat GeenStijl aanklaguh» [«La nue Dekker va porter plainte contre GeenStijl»] à propos du litige opposant GS Media à Sanoma e.a. au sujet des photographies diffusées par *GeenStijl*. Cette annonce se terminait par les mots suivants: «Mise à jour: vous n'avez pas encore vu les photographies de [Dekker] nue? Elles sont ICI». Cette annonce contenait elle aussi un hyperlien vers le site *Imageshack.us*, sur lequel on pouvait voir une ou plusieurs des photographies en cause. Le site *Imageshack.us* a lui aussi accédé à la demande de Sanoma de supprimer ces photographies. Une troisième annonce contenant un hyperlien vers les photos est parue le 17 novembre 2011 sur *GeenStijl*. Elle était intitulée «Bye Bye, adieu Playboy». Les internautes visitant le forum de *GeenStijl* ont ensuite placé sur ce site de nouveaux liens renvoyant à d'autres sites où les photographies pouvaient être consultées.

4 — JO L 157, p. 45, et rectificatifs JO 2004, L 195, p. 16, et JO 2007, L 204, p. 27.

13. Les photographies de M^{me} Dekker ont été publiées dans la revue *Playboy* au mois de décembre 2011.

14. Sanoma e.a. ont introduit un recours devant le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam) faisant notamment valoir que, en plaçant des hyperliens et une vue partielle d'une des photographies en question sur GeenStijl, GS Media avait porté atteinte au droit d'auteur de M. Hermès et agi de manière illégale à l'égard de Sanoma e.a.. Le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam) a largement fait droit à ce recours.

15. Le Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam) a annulé l'arrêt du Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam) estimant que, en plaçant les hyperliens, GS Media n'avait pas porté atteinte au droit d'auteur de M. Hermès, dès lors que les photographies avaient déjà été rendues publiques par leur mise en ligne sur le site Filefactory.com. Le Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam) ne se prononçait pas sur le point de savoir si la mise en ligne des photos sur le site Filefactory.com était ou non une violation du droit d'auteur de M. Hermès. En revanche, il a jugé que, par le placement de ces hyperliens, GS Media s'était comportée de manière illégale à l'égard de Sanoma e.a., en incitant les visiteurs de GeenStijl à regarder les photographies placées illégalement sur Filefactory.com lesquelles, en l'absence de pareils liens, n'étaient pas faciles à trouver. Par contre, le Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam) a considéré que, en plaçant une vue partielle d'une des photographies sur le site GeenStijl, GS Media avait porté atteinte au droit d'auteur de M. Hermès.

16. GS Media et Sanoma e.a. ont respectivement introduit un pourvoi et un pourvoi incident devant le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas).

17. GS Media fait grief au Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam) d'avoir jugé que, en plaçant sur son site Internet une vue partielle d'une des photographies dans son annonce concernant les photographies, elle avait porté atteinte au droit d'auteur de M. Hermès.

18. Sanoma e.a. font grief au Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam) d'avoir jugé que, en plaçant les hyperliens sur son site, GS Media n'avait pas mis les photographies à la disposition du public. Sanoma e.a., en se référant notamment à l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), font valoir devant le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) que fournir un lien vers un site Internet sur lequel une œuvre a été placée sans l'accord du titulaire du droit d'auteur constitue une communication au public et ce, indépendamment du point de savoir si cette œuvre a été publiée auparavant avec son accord ou non. Sanoma e.a. soutiennent, en outre, que le site Filefactory.com avait pris des mesures de restriction, au sens du point 31 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), «que les utilisateurs de GeenStijl pouvaient contourner grâce à l'intervention de GS Media, de sorte que les photographies piratées se trouvaient à la disposition d'un public plus large que le public pour lequel les photographies avaient été placées dans le 'coffre-fort digital' ou que, du moins, ces photographies ont ainsi été dévoilées à un public qui, à moins de mettre en œuvre des moyens plus sophistiqués, n'aurait pas pu y avoir accès sans cette intervention et seraient ainsi demeurées hors de sa portée.»

19. Dans le cadre de son examen du pourvoi incident, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) considère qu'il n'est pas possible de déduire avec une certitude suffisante de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), ainsi que de l'ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315), s'il y a «communication au public» lorsque l'œuvre a effectivement été publiée auparavant, mais sans l'accord du titulaire des droits. Celui-ci observe, par ailleurs, que le pourvoi incident soulève également des questions sur le contournement des mesures de restriction, au sens de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76). Il relève à cet égard que les photographies n'étaient pas introuvables avant que GS Media ne place l'hyperlien sur le site GeenStijl mais que, en même temps, elles n'étaient pas faciles à trouver de telle sorte que le placement de l'hyperlien avait un caractère éminemment simplificateur.

20. Dans ces conditions, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) a) Le fait, pour une personne autre que le titulaire du droit d'auteur, de renvoyer, en plaçant un hyperlien sur un site Internet qu'elle exploite, vers un autre site Internet exploité par un tiers accessible à l'ensemble des internautes, sur lequel l'œuvre est mise à la disposition du public sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, est-il une 'communication au public' au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29?
- b) Le point de savoir si l'œuvre n'a pas déjà été mise d'une autre manière auparavant à la disposition du public avec l'accord du titulaire du droit d'auteur a-t-il une incidence sur la réponse à la question précédente?
- c) Le point de savoir si celui qui place l'hyperlien sait ou devrait savoir que le titulaire du droit d'auteur n'a pas autorisé le placement de l'œuvre sur le site Internet du tiers visé à la première question, sous a) et, le cas échéant, s'il savait ou devait savoir que l'œuvre n'avait pas non plus été mise par ailleurs à la disposition du public auparavant avec l'accord du titulaire du droit d'auteur est-il pertinent?
- 2) a) En cas de réponse négative à la première question sous a), s'agit-il alors ou peut-il alors s'agir d'une communication au public lorsque le site Internet auquel renvoient l'hyperlien et, partant, l'œuvre sont bel et bien accessibles au public que constituent les internautes, mais pas de façon simple, de telle sorte que le fait de placer l'hyperlien facilite largement la découverte de l'œuvre?
- b) Le point de savoir si celui qui place l'hyperlien sait ou devrait savoir que le public que constituent les internautes ne peut pas facilement trouver le site Internet auquel l'hyperlien renvoie ou y avoir accès a-t-il une incidence sur la réponse à donner à la deuxième question, sous a)?
- 3) Faut-il tenir compte d'autres circonstances pour répondre à la question de savoir s'il y a communication au public lorsqu'un hyperlien donnant accès à une œuvre qui n'a pas encore été mise à la disposition du public auparavant avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est placé sur un site Internet?»

IV – La procédure devant la Cour

21. Des observations écrites ont été présentées par GS Media, Sanoma e.a., la République fédérale d'Allemagne, la République française, la République portugaise, la République slovaque et la Commission européenne. GS Media, Sanoma e.a., la République fédérale d'Allemagne, la République française et la Commission ont formulé des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 3 février 2016.

V – Observations des parties

22. La République portugaise considère que, sans préjudice du bien-fondé de la solution finale dégagée par la Cour, l'arrêt Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) est susceptible de conditionner la diffusion de l'information et de la connaissance sur Internet. Elle estime que la qualification de la fourniture d'hyperliens en tant qu'«acte de communication» apparaît problématique, et ce pour deux raisons.

23. Premièrement, selon la République portugaise, dans la société numérique, l'hyperlien est comparable à la note en bas de page dans l'environnement culturel analogique⁵ et ne doit pas être qualifié d'«acte de communication». Deuxièmement, selon la République portugaise, celui qui met directement l'œuvre à la disposition du public et qui effectue, par conséquent, un «acte de communication», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, est la personne qui place l'œuvre sur le serveur à partir duquel l'internaute pourra y accéder. Elle estime que ce n'est pas le fournisseur de l'hyperlien – fournisseur qui effectue une simple «communication» secondaire ou indirecte – qui fait en sorte que «chacun puisse [...] avoir accès [aux œuvres] de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement». L'acte qui produit véritablement cet effet serait celui de la personne qui a effectué la communication initiale.

24. La République portugaise estime que le fait, pour une personne autre que le titulaire du droit d'auteur, de renvoyer, en plaçant un hyperlien sur un site Internet qu'elle exploite, vers un autre site Internet exploité par un tiers accessible à l'ensemble des internautes sur lequel l'œuvre est mise à la disposition du public avec ou sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur n'est pas une «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

25. La Commission rappelle que, dans ses observations dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), elle avait soutenu que, dans une situation où un lien cliquable (ou «hyperlien») sur un site Internet déterminé renvoie vers une œuvre protégée par un droit d'auteur reprise sur un autre site Internet et où les utilisateurs du premier site Internet ont ainsi accès à cette œuvre, il ne saurait être question d'un «acte de communication», étant donné qu'il n'y a ni transmission ni retransmission au sens visé dans la directive 2001/29.

26. GS Media, la République fédérale d'Allemagne, la République portugaise⁶ et la République slovaque ainsi que la Commission proposent une réponse négative à la première question, sous a) et b), posée par la juridiction de renvoi. Elles estiment qu'il n'y a pas «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 lorsqu'un hyperlien renvoie au site Internet d'un tiers librement accessible à l'ensemble des internautes, sur lequel l'œuvre concernée a été mise à disposition sans l'autorisation du titulaire des droits, et cela également dans l'hypothèse où cette œuvre n'a encore jamais été publiée d'une autre manière avec l'autorisation du titulaire.

27. S'agissant de la première question, sous c), GS Media, la République fédérale d'Allemagne et la République portugaise ainsi que la Commission considèrent que des éléments subjectifs sont dénués de pertinence pour l'appréciation d'une «communication au public», celle-ci devant être effectuée sur une base objective. La République portugaise soutient toutefois à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Cour apporterait une réponse affirmative aux première ou deuxième questions préjudicielles, qu'une telle communication présuppose que le fournisseur de l'hyperlien ait eu connaissance, de manière non équivoque, du fait que la communication initiale n'a pas été autorisée. En revanche, la République slovaque estime qu'il est pertinent de savoir si la personne qui place un hyperlien vers une œuvre protégée ne pouvait ignorer que la mise à la disposition antérieure de cette œuvre au public a été effectuée sans l'autorisation du titulaire des droits. Ainsi, aux fins de garantir l'objectif de la directive 2001/29, dès que cette personne est avertie de cette circonstance par le titulaire des droits ou dès que, pour un autre motif, elle ne saurait ignorer celle-ci, elle devrait empêcher une autre atteinte au droit d'auteur en évitant une nouvelle communication au public de l'œuvre protégée.

5 — Ou à un panneau indicateur sur l'autoroute, comme l'a suggéré GS Media à l'audience.

6 — Les observations suivantes de la République portugaise sont exprimées à titre purement subsidiaire à celles reprises aux points 22 à 24 des présentes conclusions pour le cas où la Cour estimerait qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de la jurisprudence issue de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76).

28. En ce qui concerne la deuxième question, sous a) et b), GS Media, la République fédérale d'Allemagne, la République portugaise et la République slovaque ainsi que la Commission estiment qu'il convient d'y apporter une réponse négative. En effet, il résulterait de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) que l'unique élément déterminant est de savoir si l'hyperlien permet ou non de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès au public. Si tel n'est pas le cas et que ce site, et donc l'œuvre qui y est placée, est potentiellement accessible à l'ensemble des internautes, il importerait peu que cet hyperlien facilite ou non la découverte de celui-ci. Par ailleurs, la solution inverse ne serait pas praticable et créerait une importante insécurité juridique au détriment de la liberté d'expression et d'information.

29. Sanoma e.a. proposent de répondre aux première à troisième questions en ce sens que celui qui, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, place délibérément, en pleine connaissance, un hyperlien permettant d'accéder à une œuvre protégée par le droit d'auteur, qui n'a jamais été rendue publique avec l'accord du titulaire des droits auparavant, réalise une opération constitutive d'une communication au public. Sanoma e.a. considèrent qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'il faut tenir compte de plusieurs critères, parmi lesquels figurent, premièrement, le fait que, en pleine connaissance, un utilisateur donne délibérément à des tiers un accès direct à des œuvres protégées, deuxièmement, le fait que, par son intervention, l'utilisateur joue un rôle essentiel dans la mise à disposition de ces œuvres, troisièmement, le fait que le public qui a ainsi accès à des œuvres protégées soit composé d'un nombre indéterminé d'utilisateurs potentiels ou d'un nombre de personnes relativement élevé, quatrièmement, le fait que, par son intervention, l'utilisateur élargisse le cercle de personnes ayant accès aux œuvres protégées à un groupe que le titulaire des droits d'auteur sur les œuvres protégées n'avait pas envisagé lorsqu'il a donné son accord pour l'utilisation initiale et, cinquièmement, le fait que, par sa communication, l'utilisateur poursuive un but lucratif. Selon Sanoma e.a., tous ces critères sont réunis dans l'affaire au principal.

30. Selon la République française, dans les circonstances de l'affaire au principal, la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable conduit à communiquer les œuvres en question à un public nouveau, car si les photographies litigieuses n'étaient pas introuvables avant que GS Media ne place le lien cliquable sur le site Internet *GeenStijl*, seules les personnes disposant d'une clé digitale pouvaient accéder aisément aux photographies litigieuses avant l'installation du lien cliquable. Elle rappelle qu'aucun élément n'a permis d'établir que le public de *GeenStijl* aurait pu aisément trouver les photographies litigieuses sans l'assistance de GS Media. À cet égard, la République française rappelle que la juridiction de renvoi a conclu que l'installation du lien cliquable avait un caractère éminemment simplificateur. Dans ces conditions, la République française estime qu'il y a lieu de constater que l'existence d'un lien cliquable qui permet de grandement faciliter l'accès à un espace de stockage contenant des photographies protégées par le droit d'auteur et non publiées constitue une communication à un public nouveau au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

31. La République française estime que, d'une part, l'accord ou l'absence d'accord du titulaire du droit d'auteur sur la mise à disposition de l'œuvre sur le site vers lequel renvoie le lien cliquable et que, d'autre part, l'éventuelle connaissance par celui qui fournit le lien cliquable de ce que le titulaire des droits n'a pas donné son accord à une telle mise à disposition de l'œuvre ne sont pas pertinents pour la qualification de «communication au public».

VI – Analyse

A – Observations liminaires

32. Il ressort du dossier devant la Cour, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que des œuvres protégées, à savoir des photographies, ont été mises à la disposition des utilisateurs de sites Internet comme Filefactory.com et Imageshack.us sans le consentement des titulaires du droit d'auteur, mais cette violation du droit d'auteur n'est pas en cause dans l'affaire au principal.

33. En outre, le placement d'une vue partielle d'une des photographies en question sur le site GeenStijl ne fait pas l'objet de la demande de décision préjudicielle⁷, qui ne vise que les hyperliens sur ce site.

34. En effet, par ses questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que constitue un acte de communication au public la fourniture sur un site Internet d'un hyperlien vers un autre site Internet exploité par un tiers, accessible à l'ensemble des internautes et sur lequel des œuvres protégées par le droit d'auteur sont mises à la disposition du public, *sans* l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

35. En outre, la juridiction de renvoi cherche à savoir si le fait que celui qui place l'hyperlien vers un site sait ou devrait savoir que le titulaire du droit d'auteur n'a pas autorisé la communication initiale des œuvres sur ledit site est pertinent en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Enfin, la juridiction de renvoi s'interroge sur la question de savoir si, et, le cas échéant, dans quelles circonstances, le fait qu'un hyperlien ait rendu plus facile l'accès aux œuvres en question est pertinent en application de cette disposition.

36. Le litige au principal s'inscrit dans le sillage de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) et de l'ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) où la Cour a jugé que, si le placement sur un site Internet d'hyperliens vers une œuvre protégée librement disponible sur un autre site est un «acte de communication» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29⁸, il n'est pas une «communication au public» au sens de cette disposition. En effet, au point 24 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), la Cour a jugé que, «pour relever de la notion de 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, encore faut-il qu'une communication [...], visant les mêmes œuvres que la communication initiale et ayant été effectuée [...] selon le même mode technique [que la communication initiale], soit adressée à *un public nouveau*, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public»⁹.

37. La juridiction de renvoi relève que la Cour n'a pas précisé, dans ces affaires, si l'autorisation du titulaire du droit d'auteur de la mise à disposition de l'œuvre protégée sur le site Internet vers lequel l'hyperlien renvoie a une incidence sur l'absence d'une constatation d'une communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

7 — Voir notamment points 10, 14 à 17 des présentes conclusions.

8 — Arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 20).

9 — Voir, à cet égard, ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, point 14). C'est moi qui souligne.

38. Il importe d'observer que, au premier point du dispositif de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), la Cour a dit pour droit que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 devait être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles¹⁰ sur un autre site Internet¹¹.

39. S'il est vrai que la Cour a mentionné à plusieurs reprises dans les motifs de l'arrêt que «les titulaires du droit d'auteur [...] ont autorisé la communication initiale»¹², aucune référence n'est faite dans le dispositif à la question de l'existence ou non d'une autorisation par le titulaire du droit d'auteur de la mise à disposition initiale de l'œuvre protégée.

40. En outre, il y a lieu de relever qu'il ressort du point 4 de l'ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) que la mise en ligne de l'œuvre protégée et, par conséquent, sa communication au public initiale n'avaient pas été faites avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. Or, la Cour suivant sa jurisprudence *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) a jugé que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 n'avait pas été violé.

41. Par conséquent, il semble ressortir de l'ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) que l'absence d'autorisation du titulaire du droit d'auteur pour la communication initiale au public n'était pas pertinente au regard de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

42. À cet égard, il convient de noter toutefois que la question préjudicielle adressée à la Cour dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315)¹³ ne portait pas spécifiquement sur l'absence d'autorisation et que le raisonnement de la Cour dans l'ordonnance en question n'y fait aucune référence¹⁴.

43. La présente affaire donne dès lors l'occasion à la Cour de déterminer si l'autorisation par le titulaire du droit d'auteur de la mise à disposition de l'œuvre protégée sur l'autre site Internet (communication «initiale») est indispensable à la constatation d'une absence de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

44. Avant de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi, il y a lieu d'examiner les observations de la République portugaise¹⁵ et de la Commission¹⁶ sur l'opportunité d'écarter la jurisprudence découlant de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) sur la notion d'«acte de communication», élément nécessaire pour constater une «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, et son application aux hyperliens.

10 — La Cour a utilisé les termes «librement accessibles» et «librement disponibles» de façon interchangeable. En outre, il semble ressortir de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) que l'hyperlien en cause dans cette affaire conduisait directement les utilisateurs d'un site Internet vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet. Or, dans l'affaire au principal, il semble, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que les hyperliens en cause ne conduisaient pas directement les utilisateurs du site *GeenStijl* vers les œuvres en question, mais les conduisaient vers d'autres sites Internet sur lesquels des œuvres protégées par le droit d'auteur étaient stockées. Je considère que ces circonstances doivent être traitées de la même façon en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, dès lors que l'œuvre protégée par le droit d'auteur est librement disponible sur le site auquel renvoie l'hyperlien.

11 — Voir, également, arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 32).

12 — Voir, notamment, arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 27).

13 — Dans cette affaire, la Cour a décidé de statuer par voie d'ordonnance motivée conformément à l'article 99 du règlement de procédure de la Cour, intitulé «Réponse par ordonnance motivée», qui prévoit que «[l]orsqu'une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué, lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence ou lorsque la réponse à la question posée à titre préjudiciel ne laisse place à aucun doute raisonnable, la Cour peut à tout moment, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée.»

14 — En effet, dans cette affaire, la juridiction de renvoi ne s'interrogeait que sur la question de savoir si «[l]e fait que l'œuvre d'un tiers mise à la disposition du public sur un site Internet soit insérée sur un autre site Internet dans des conditions telles que celles en cause au principal [peut-il] être qualifié de 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, même lorsque l'œuvre en question n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique différent de celui de la communication d'origine». Voir ordonnance *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, point 11).

15 — Voir points 22 à 24 des présentes conclusions.

16 — Voir point 25 des présentes conclusions.

45. En effet, si la Cour devait juger que le placement sur un site Internet d’hyperliens vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site, ne peut être qualifié d’«acte de communication», la question de l’absence d’autorisation par le titulaire du droit d’auteur du placement de son œuvre sur d’autres sites exploités par des tiers ne se poserait plus.

B – Les deux éléments de l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29

46. L’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 prévoit que les auteurs disposent du droit exclusif d’autoriser ou d’interdire toute communication au public de leurs œuvres. Il s’ensuit que chaque acte¹⁷ de communication d’une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d’auteur.

47. Or, si la directive 2001/29 ne contient aucune définition de ce qu’est une «communication au public»¹⁸, une jurisprudence constante de la Cour précise que cette notion associe deux éléments cumulatifs, à savoir un «acte de communication» d’une œuvre et la communication de cette dernière à un «public»¹⁹.

1. Sur le premier élément

48. S’agissant de la notion d’«acte de communication», il y a lieu de relever que le considérant 23 de la directive 2001/29 indique notamment que la communication au public «couvre toute *transmission ou retransmission*, [...], d’une œuvre au public [non présent au lieu d’origine de la communication], par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion»²⁰.

49. En outre, au point 40 de l’arrêt *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772)²¹, la Cour a jugé que le droit de communication au public «*ne couvre pas* des actes qui n’impliquent pas une ‘transmission’ ou une ‘retransmission’ d’une œuvre»²².

17 — Arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 15). En effet, comme le prévoit l’article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29, ce droit exclusif n’est pas épuisé par un acte de communication au public ou de mise à la disposition du public, au sens de l’article 3 de la directive 2001/29.

18 — Arrêt *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 184 et 185).

19 — Voir arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 16 et jurisprudence citée). Voir, par analogie, arrêt *C More Entertainment* (C-279/13, EU:C:2015:199, point 25) qui porte sur l’article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29.

20 — C’est moi qui souligne.

21 — Il y a lieu de souligner que cet arrêt est antérieur à l’arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76).

22 — C’est moi qui souligne.

50. Or, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ne fait aucune référence aux actes de transmission ou de retransmission, mais prévoit au sens large que la communication au public comprend «*la mise à la disposition* du public»²³. Cette appréhension large²⁴ de la notion d'«acte de communication» répond, à mon avis, à la volonté du législateur européen d'assurer «un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle»²⁵ et assure également que la notion d'«acte de communication» soit flexible et ne devienne pas rapidement dépassée en raison des constantes évolutions technologiques²⁶.

51. Les termes du considérant 23 de la directive 2001/29 avaient amené la Commission à défendre, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Svensson (C-466/12, EU:C:2014:76), la thèse selon laquelle la notion d'«acte de communication» devait être limitée à une «transmission» ou une «retransmission», ce qui ne serait pas le cas d'un hyperlien sur un site Internet déterminé qui renvoie vers une œuvre protégée par le droit d'auteur qui est reprise sur un autre site Internet, où les visiteurs du premier site ont ainsi accès à cette œuvre²⁷.

52. Cette thèse n'a pas été acceptée puisque, au point 19 de l'arrêt Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), la Cour a dit pour droit que «pour qu'il y ait 'acte de communication', il suffit, notamment, qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité».

53. Cela dit, y a-t-il «acte de communication» lorsqu'un hyperlien sur un site Internet renvoie vers un autre site Internet, permettant ainsi à ses visiteurs d'avoir accès à une œuvre protégée librement accessible sur cet autre site?

54. 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 sites²⁸ et par conséquent offrent aux utilisateurs du premier site un accès plus rapide et direct²⁹ à ces œuvres, je considère que 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. Comme l'indique la République portugaise dans ses observations, l'acte qui réalise la véritable «mise à disposition» a été le fait de la personne qui a effectué la communication initiale³⁰.

23 — C'est moi qui souligne.

24 — Et technologiquement neutre.

25 — Voir considérants 4 et 9 de la directive 2001/29 et arrêt Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 186). Au point 54 de l'arrêt *Bepečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816), la Cour a dit pour droit qu'«il ressort du [considérant 23] de la directive 2001/29 que la notion de 'communication au public' doit être entendue au *sens large*. Une telle interprétation s'avère par ailleurs indispensable pour atteindre l'objectif principal de ladite directive, lequel, ainsi qu'il résulte de [ses considérants 9 et 10], est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, entre autres, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public». C'est moi qui souligne.

26 — Au point 38 de l'arrêt *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772), la Cour a dit pour droit que, «[s]'agissant [...] de l'objectif poursuivi par la directive 2001/29, il convient de relever qu'il ressort de ses [considérants 2 et 5] que celle-ci vise à créer un cadre général et souple au niveau de l'Union pour favoriser le développement de la société de l'information et à adapter et à compléter les règles actuelles en matière de droit d'auteur et de droits voisins pour tenir compte de l'évolution technologique, qui a fait apparaître de nouvelles formes d'exploitation des œuvres protégées».

27 — Voir point 25 des présentes conclusions.

28 — Je considère que, en raison de la quantité énorme d'informations disponibles sur Internet, de telles informations seraient effectivement, en grande partie, indiscouvrables en l'absence d'hyperliens. À mon avis, les hyperliens constituent actuellement un élément indispensable de l'architecture d'Internet.

29 — Voir arrêt Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, point 18).

30 — Voir points 22 à 24 des présentes conclusions.

55. Je relève également que, dans l'arrêt *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631) où une «communication [d'une œuvre] au public» a été constatée, la Cour a mis l'accent sur le fait que *sans l'intervention*, par exemple, d'un établissement hôtelier pour offrir dans ses chambres un signal de télévision au moyen d'appareils de télévision, l'œuvre n'aurait pas été accessible aux clients de l'hôtel³¹.

56. À cet égard, aux points 195 et 196 de l'arrêt *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631), la Cour a jugé que le propriétaire d'un café-restaurant procède à une «communication au public» lorsqu'il permet délibérément aux clients présents dans cet établissement d'accéder à une émission radiodiffusée, contenant des œuvres protégées, au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, «*étant entendu que, sans l'intervention dudit propriétaire, ces clients ne peuvent jouir des œuvres radiodiffusées, même s'ils se trouvent à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission*»³².

57. Il s'ensuit que, afin de constater un acte de communication, l'intervention de la personne qui place des hyperliens doit être indispensable ou incontournable³³ pour bénéficier ou jouir des œuvres.

58. Il convient toutefois de souligner que, dans d'autres arrêts, notamment, les arrêts *SGAE* (C-306/05, EU:C:2006:764, point 42) et *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, points 27 et 31), la Cour a analysé ce critère d'indispensabilité d'une intervention pour constater qu'il n'y avait pas une communication à *un public nouveau*³⁴.

59. À mon sens, le critère d'indispensabilité d'une intervention ne peut s'appréhender que dans l'examen de l'existence d'un acte de communication³⁵. C'est en effet à ce moment-là qu'il y a, éventuellement, une «mise à disposition» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

60. Par conséquent, je considère que les hyperliens placés sur un site Internet, renvoyant vers des œuvres protégées par le droit d'auteur qui sont librement accessibles sur un autre site, ne peuvent pas être qualifiés d'«acte de communication» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 puisque l'intervention de l'exploitant du site qui place l'hyperlien, en l'espèce *GS Media*, n'est pas indispensable pour la mise à disposition des photographies en question aux internautes, y compris ceux qui visitent le site *GeenStijl*.

61. Étant donné qu'un des éléments cumulatifs nécessaires pour constater une «communication au public» en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 fait défaut, la question sur l'absence d'autorisation du titulaire du droit d'auteur du placement de son œuvre sur d'autres sites exploités par des tiers³⁶ est, à mon avis, inopérante.

62. Par conséquent, je considère qu'il y a lieu de répondre négativement à la première question, sous a) et b), posée par la juridiction de renvoi.

31 — Voir également, par analogie, arrêts *SCF* (C-135/10, EU:C:2012:140, points 82 et 92) et *Phonographic Performance (Ireland)* (C-162/10, EU:C:2012:141, point 31) qui portent non pas sur l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, mais sur la «communication au public» d'un phonogramme radiodiffusé, au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 376, p. 28).

32 — C'est moi qui souligne.

33 — Voir, en particulier, point 82 de l'arrêt *SCF* (C-135/10, EU:C:2012:140) où la Cour, dans le cadre de son analyse de l'existence d'un acte de communication suivant la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631), a fait référence au «rôle *incontournable de l'utilisateur*, à savoir, en l'espèce, au rôle incontournable d'un exploitant d'un établissement hôtelier et d'un café-restaurant lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à ses clients à une émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée. C'est moi qui souligne.

34 — Voir point 36 des présentes conclusions.

35 — Soit du premier élément requis par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 pour qu'il y ait communication au public. Pour le second élément, voir points 65 à 70 des présentes conclusions.

36 — Notamment les sites *Filefactory.com* et *Imageshack.us*. Voir, en ce sens, arrêt *SBS Belgium* (C-325/14, EU:C:2015:764, points 15 et 24).

63. En outre, s'il ressort clairement du dossier devant la Cour que GS Media savait que les photographies en question disponibles sur des sites comme Filefactory.com et Imageshack.us avaient été piratées et qu'elle a fourni des hyperliens sur le site GeenStijl vers les autres sites en flagrant mépris des droits de l'auteur de ces œuvres, je considère que, en l'absence d'un acte de communication au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, les motivations de GS Media et le fait qu'elle savait ou devait savoir que la communication initiale des photographies en question sur ces autres sites n'avait pas été autorisée par Sanoma ou que ces photographies n'avaient pas non plus été mises auparavant à la disposition du public avec l'accord de cette dernière n'est pas pertinent en application de cette disposition.

64. Il s'ensuit qu'il y a lieu de répondre négativement à la première question, sous c), posée par la juridiction de renvoi.

2. Sur le second élément

65. Dès lors que je considère qu'un des éléments cumulatifs nécessaires pour constater une «communication au public» en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 fait défaut, c'est à titre subsidiaire que je vais examiner le second élément requis par la directive 2001/29 à savoir la communication d'une œuvre à un «public»³⁷.

66. Il est constant que, étant donné que les hyperliens sur le site GeenStijl visent l'ensemble des utilisateurs potentiels de ce site, soit un nombre indéterminé et assez important de destinataires, ces hyperliens visent bien un public³⁸. En revanche, je considère que le critère d'«un public nouveau», tel que requis aux points 24 et 31 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), n'est pas applicable et, en tout état de cause, n'est pas rempli en l'espèce.

67. Il ressort notamment des arrêts *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 197) et *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, points 24 et 31) que le critère d'un public nouveau n'est applicable que lorsque le titulaire du droit d'auteur a autorisé la communication initiale au public. Étant donné qu'une telle autorisation fait défaut dans l'affaire au principal, le critère d'un «public nouveau» n'est pas d'application.

68. En outre, la Cour a jugé aux points 28 et 30 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) que, lorsqu'il «n'y a pas de public nouveau, en tout état de cause l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas» à la communication au public en cause, à savoir en l'espèce, le placement des hyperliens vers d'autres sites Internet sur lesquels des œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles au public.

37 — Voir arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 16 et jurisprudence citée).

38 — Au point 21 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), la Cour a jugé que, «[e]n ce qui concerne le second des éléments susmentionnés, à savoir que l'œuvre protégée doit être effectivement communiquée à un 'public', il découle de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 que, par 'public', cette disposition vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important». Elle ajoute au point 22 qu'«un acte de communication, tel que celui effectué par l'exploitant d'un site Internet au moyen de liens cliquables, vise l'ensemble des utilisateurs potentiels du site que cette personne gère, soit un nombre indéterminé et assez important de destinataires» et constitue, par conséquent, une communication à un public. Voir arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 23).

69. De surcroît, même si la Cour devait juger que ce critère est applicable lorsque le titulaire du droit d'auteur n'a pas autorisé la première communication au public, il ressort de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 27) qu'il n'est rempli que si l'intervention par le placement d'hyperliens de l'exploitant d'un site Internet était indispensable pour que les œuvres soient mises à la disposition d'un public nouveau³⁹, c'est-à-dire d'un public n'ayant pas été pris en compte par le titulaire du droit d'auteur, lorsqu'il a autorisé la communication initiale au public des œuvres en question.

70. Or, dans le cas où les photographies étaient librement disponibles pour tous les internautes sur d'autres sites⁴⁰, une telle intervention de la part de GS Media n'était pas indispensable pour une telle mise à disposition. Il n'y aurait donc pas de «public nouveau» et la question de l'autorisation du titulaire du droit d'auteur de la communication initiale ne se pose pas.

71. J'ajoute immédiatement que ces conclusions s'appuient sur la prémisse selon laquelle les œuvres en question étaient «librement accessibles» sur les sites des tiers à l'ensemble des internautes⁴¹, ce qui ne ressort pas clairement de la demande de décision préjudicielle. L'intervention de GS Media était-elle indispensable pour les mettre à la disposition des visiteurs du site *GeenStijl*? En effet, il ressort de façon contradictoire du dossier devant la Cour que, d'une part, des sites de tiers ont pris des mesures de restriction d'accès relatives aux photos en question et, d'autre part, que les hyperliens n'ont fait que faciliter cet accès dans une certaine mesure⁴².

72. Il semble, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que cette question factuelle reste toujours pendante devant elle.

73. En tout état de cause, il ressort de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 31) que, si un hyperlien permet aux utilisateurs du site sur lequel il se trouve de «contourner des mesures de restriction»⁴³ mises en œuvre sur les sites de tiers pour restreindre l'accès à des œuvres protégées⁴⁴, l'hyperlien en question constitue alors une intervention indispensable sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient bénéficier des œuvres. Il s'ensuit que cette intervention met les œuvres en question à la disposition des visiteurs du site en cause, à savoir en l'espèce les visiteurs du site *GeenStijl*, et constitue, par conséquent, un acte de communication à un public qui doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

39 — Voir également, par analogie, arrêt *SGAE* (C-306/05, EU:C:2006:764, point 42) où la Cour a dit pour droit que «la clientèle d'un établissement hôtelier forme un tel public nouveau. En effet, la distribution de l'œuvre radiodiffusée à cette clientèle au moyen d'appareils de télévision ne constitue pas un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture. Au contraire, l'établissement hôtelier est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients. En effet, en l'absence de cette intervention, ces clients, tout en se trouvant à l'intérieur de ladite zone, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée». C'est moi qui souligne.

40 — Notamment les sites *Filefactory.com* et *Imageshack.us*.

41 — À cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, points 25 et 26), les œuvres en question étaient librement accessibles, car l'accès à celles-ci sur le site Internet du *Göteborgs-Posten* n'était soumis à aucune mesure restrictive. Tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement.

42 — Le *Gerechtshof Amsterdam* (cour d'appel d'Amsterdam) a considéré que *Sanoma e.a.* n'avaient pas prouvé que les fichiers placés sur le site Internet *Filefactory.com* par un utilisateur étaient restés privés et a conclu qu'«[i]l en irait autrement si l'utilisateur divulguait sa clef digitale ou si un tiers le faisait». À cet égard, *Sanoma e.a.* ont introduit un pourvoi incident devant la juridiction de renvoi faisant valoir que «les photos avaient été placées dans le 'coffre-fort digital' ou que, du moins, ces photos avaient ainsi été dévoilées à un public qui, à moins de mettre en œuvre des moyens plus sophistiqués, n'aurait pas pu y avoir accès sans cette intervention et seraient ainsi demeurées hors de sa portée». Voir points 6.1.2 et 6.1.3 de la demande de décision préjudicielle.

43 — Voir, en ce sens, les mesures techniques efficaces visées à l'article 6 de la directive 2001/29.

44 — Selon la Cour, «dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public». Voir arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 31). Voir, par analogie, article 6 de la directive 2001/29 sur les obligations relatives aux mesures techniques et arrêt *Nintendo e.a.* (C-355/12, EU:C:2014:25, point 24).

74. En revanche, il ressort clairement du point 31 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) qu'il ne suffit pas que l'hyperlien facilite ou rende plus aisé l'accès des internautes à l'œuvre en question⁴⁵. Par conséquent, je me rallie aux observations de GS Media, de la République fédérale d'Allemagne, de la République portugaise et de la République slovaque ainsi que de la Commission reprises au point 28 des présentes conclusions pour répondre négativement à la deuxième question, sous a) et b), posée par la juridiction de renvoi.

C – La troisième question de la juridiction de renvoi et l'existence d'autres circonstances

75. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi se demande s'il faut tenir compte d'autres circonstances pour répondre à la question de savoir s'il y a «communication au public» lorsqu'un hyperlien donnant accès à une œuvre dont la mise à la disposition du public sur un site Internet n'a encore jamais été autorisée par le titulaire du droit d'auteur.

76. Je relève que la Cour a jugé au point 41 de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de «communication au public» comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition.

77. De surcroît, outre le fait que, en principe, le placement des hyperliens dans l'affaire au principal ne constitue pas à mon avis une «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, je considère que toute autre interprétation de cette disposition entraverait considérablement le fonctionnement d'Internet et porterait atteinte à l'un des objectifs principaux de la directive 2001/29, à savoir le développement de la société de l'information en Europe⁴⁶. En outre, une telle interprétation risquerait de fausser l'établissement d'«un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés»⁴⁷.

78. Il est notoire que le placement des hyperliens par les internautes est à la fois systématique et nécessaire pour l'architecture actuelle d'Internet⁴⁸. Si les circonstances en cause dans l'affaire au principal sont particulièrement flagrantes⁴⁹, je considère que, 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.

79. À mon avis, une telle ingérence dans le fonctionnement d'Internet est à éviter. 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.

45 — Il faut «une intervention *sans laquelle* [les] utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres». Arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 31). C'est moi qui souligne.

46 — Voir considérant 2 de la directive 2001/29.

47 — Voir considérant 31 de la directive 2001/29.

48 — Voir point 54 et note en bas de page 28 des présentes conclusions.

49 — Il semble que GS Media a agi en toute connaissance de cause et sans aucune considération des intérêts de Sanoma. Voir point 11 des présentes conclusions.

D – Les voies de recours disponibles au titulaire du droit d’auteur

80. Si je considère que l’exploitant d’un site comme GS Media n’a pas, en principe⁵⁰, violé l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 en plaçant les hyperliens en question dans l’affaire au principal, cela ne signifie pas pour autant que le titulaire du droit d’auteur soit sans recours afin d’assurer la protection et le respect de ses droits de propriété intellectuelle.

81. Il va de soi que le titulaire du droit d’auteur dispose d’une action en justice pour la violation de ses droits de propriété intellectuelle contre la personne qui a effectué la communication initiale au public sans son autorisation⁵¹. Il est vrai que, comme cette personne reste inconnue en l’espèce, une telle action n’est guère intéressante pour le titulaire du droit d’auteur.

82. Toutefois, selon les articles 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 et 11, troisième phrase, de la directive 2004/48, les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent demander qu’une ordonnance sur requête soit rendue à l’encontre des exploitants des sites, tels que Filefactory.com et Imageshack.us, qui agissent en tant qu’intermédiaires⁵² 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 intellectuelle⁵³.

83. À cet égard, la rédaction du considérant 59 de la directive 2001/29, qui porte sur les «intermédiaires», est particulièrement éclairante. Selon ce considérant, «[l]es services d’intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, *ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes*. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu’une ordonnance sur requête soit rendue à l’encontre d’un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d’une œuvre protégée ou d’un autre objet protégé⁵⁴.»

84. Il s’ensuit que l’ordonnance sur requête en application des articles 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 et 11, troisième phrase, de la directive 2004/48 vise la communication au public initiale faite en violation du droit d’auteur et constitue, à mon avis, un moyen direct et approprié pour remédier à cette violation.

85. En outre, les exploitants de sites comme Filefactory.com et Imageshack.us peuvent être responsables dans certaines circonstances en application du droit national pour le stockage sur leurs serveurs des informations fournies par des utilisateurs de ces sites.

86. En effet, si l’article 14 de la directive 2000/31 vise à restreindre ou à exonérer les cas de figure dans lesquels la responsabilité de prestataires intermédiaires de services de la société de l’information peut être engagée, conformément au droit national, les exonérations en cause sont assujetties à des conditions strictes. À cet égard, la Cour a jugé au point 119 de l’arrêt L’Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474) qu’un prestataire de services d’hébergement⁵⁵ ne peut, dans la situation où ce prestataire s’est limité à un traitement purement technique et automatique des données, être exonéré, en vertu de l’article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31, de toute responsabilité pour les données à caractère illégal qu’il a stockées «qu’à la condition qu’il n’ait pas eu ‘effectivement connaissance de

50 — Cette conclusion s’appuie sur la prémisse selon laquelle les œuvres en question sont librement accessibles sur un autre site Internet.

51 — Voir, notamment, les voies de recours prévues aux articles 9 à 16 de la directive 2004/48.

52 — Il semble, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que des exploitants de sites comme Filefactory.com et Imageshack.us qui stockent sur leurs serveurs des informations fournies par des utilisateurs de ces sites constituent des prestataires de services d’hébergement au sens de l’article 14 de la directive 2000/31 et des «intermédiaires» au sens des articles 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 et 11, troisième phrase, de la directive 2004/48. Voir, en ce sens, arrêt SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, points 27 et 28).

53 — Voir, en ce sens, arrêt SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, point 28 et jurisprudence citée).

54 — C’est moi qui souligne.

55 — Au sens de l’article 14 de la directive 2000/31.

l'activité ou de l'information illicites' et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, qu'il n'ait pas eu 'connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicites est apparente' ou que, après avoir acquis une telle connaissance, il ait promptement agi pour retirer les données en cause ou rendre l'accès à celles-ci impossible».

87. Il convient de noter que les exploitants des sites Filefactory.com ainsi que Imageshack.us ont accédé à la demande de Sanoma de supprimer les photographies en cause de leurs sites Internet⁵⁶. Il s'ensuit que les hyperliens sur le site GeenStijl vers ces autres sites ont été rendus inefficaces.

VII – Conclusion

88. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) de la manière suivante:

- 1) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, le placement sur un site Internet d'un hyperlien vers un autre site Internet sur lequel des œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles au public sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.
- 2) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que le fait que celui qui place sur un site Internet un hyperlien vers un autre site Internet, sur lequel des œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles au public, sait ou devrait savoir que le titulaire du droit d'auteur n'a pas autorisé le placement des œuvres en question sur cet autre site Internet ou que celles-ci n'avaient pas été mises par ailleurs à la disposition du public auparavant avec l'accord du titulaire du droit d'auteur n'est pas pertinent.
- 3) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'un hyperlien vers un autre site Internet, sur lequel des œuvres protégées par le droit d'auteur sont librement accessibles au public, qui facilite ou rend plus aisé l'accès des internautes aux œuvres en question ne constitue pas une «communication au public» au sens de cette disposition.

56 — Voir points 11 et 12 des présentes conclusions.