



## CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

### MISSION DROIT DE COMMUNICATION AU PUBLIC

#### *- Rapport et propositions -*

**Pierre SIRINELLI**, professeur à l'Université Paris 1, *coprésident*

**Josée-Anne BENAZERAF**, avocat, *coprésidente*

**Alexandra BENSAMOUN**, professeur à l'Université Rennes 1, *coprésidente*

***Rapport définitif***

Décembre 2016

*Le présent rapport n'engage que ses auteurs. Son texte tient compte de remarques qui ont été faites lors de la présentation des travaux de la mission au cours de la séance plénière du 12 novembre 2016 du Conseil et de la discussion à laquelle ils ont donné lieu.*

## **Résumé synthétique**

*Constats - L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) relative au droit de communication au public (deuxième partie du rapport, annexes 5 et 6) fait apparaître que les juges de Luxembourg s'écartent – dans leur interprétation de l'article 3 de la directive 2001/29 et de l'article 8 de la directive 2006/115 – non seulement du sens communément attribué à ces dispositions, mais aussi des solutions internationalement retenues.*

*Il serait sans doute excessif de considérer que l'ensemble de l'interprétation proposée par la CJUE encourt la critique. Mais l'étude réalisée par la Mission montre que, sur de trop nombreux points, la jurisprudence est devenue aussi imprévisible que complexe et sinueuse. En témoigne le fait que, pour statuer sur la présence d'un acte de communication au public, la CJUE propose pas moins de 16 critères, en compliquant encore la tâche de l'exégète par la volonté de faire jouer à chacun de ces paramètres – regardés comme éléments constitutifs du droit – un rôle variable, isolément ou dans leur interaction, suivant les hypothèses.*

*L'une des conséquences de ce mouvement est, pour les professionnels des activités culturelles, une impossibilité d'appréhender avec exactitude l'attitude à tenir ainsi que les précautions à prendre et cela, alors même que ce droit est devenu la prérogative la plus souvent mise en œuvre, notamment du fait de l'essor du numérique et des réseaux.*

*Les analystes de cette jurisprudence ne sont pas les seuls à ne pas pouvoir anticiper ou seulement prévoir. Les juges nationaux cèdent désormais à la tentation immédiate de poser des questions préjudicielles en la matière et ce, d'autant plus facilement que le droit de communication au public a été proclamé par la CJUE « notion autonome de droit de l'Union ». C'est dire que la fonction interprétative de la CJUE n'a aucunement permis de dégager une théorie du droit de communication au public que les divers magistrats nationaux seraient susceptibles d'appliquer sans hésitation.*

*Certains des juges de Luxembourg sont probablement conscients de ce phénomène et l'un d'entre eux fait volontiers œuvre de pédagogie en acceptant de venir expliquer, dans des colloques ou en des enceintes officielles, la jurisprudence en cours d'édification. Cette démarche - qu'il convient vivement de louer - fait cependant souvent apparaître que la construction de la CJUE s'est affranchie de la lettre et de l'esprit des textes. L'explication de cet éloignement du sens commun est parfois fournie par certains juges eux-mêmes : les textes internationaux qui permettraient d'éclairer les normes européennes sont souvent perçus comme imprécis, parfois même comme dépassés. En tout état de cause, l'écart grandissant entre le dispositif légal et l'interprétation qui en est fournie appelle une intervention législative, au nom des principes démocratiques fondés sur la séparation des pouvoirs.*

*Cette idée d'une intervention de la Commission et du Parlement est présente dans l'esprit de nombreux professionnels qui expriment le vœu d'un éclaircissement des textes à l'occasion d'une des interventions législatives projetées par les autorités européennes. Non point pour recueillir le travail jurisprudentiel en le codifiant mais, au contraire, pour opérer un retour aux solutions voulues originellement par les négociateurs internationaux. L'aspiration demeure cependant modeste : il s'agirait simplement, dans le nouvel instrument européen, de rappeler le sens premier des textes – en liaison avec les normes internationales – afin de réaliser un retour à l'orthodoxie, à la cohérence et à la prévisibilité, qualités attendues de tout système juridique.*

*C'est cette dernière voie que la Mission a décidé d'explorer après avoir réalisé plusieurs dizaines d'auditions.*

**Remèdes** - Il est apparu indispensable à la Mission d'apporter des précisions dans le corpus législatif européen afin de lever toute ambiguïté et éviter la persistance des écarts constatés – du fait de l'interprétation proposée par la CJUE – avec les normes internationales.

Les propositions (Partie 3) qui sont faites dans le cadre de ce rapport s'expriment dans deux voies différentes, l'une dite « globale », l'autre dite « ciblée ».

- La première approche a la préférence des membres de la Mission. Elle est plus générale, plus lisible et cohérente. Mais elle suppose une intervention qui, pour l'heure, n'a pas encore été programmée par la Commission en dépit des déclarations d'intention faites par cette dernière.
- La deuxième approche est moins ambitieuse mais plus pragmatique en ce qu'elle entend s'insérer dans des textes déjà proposés par la Commission, le 14 septembre dernier. C'est dire qu'il lui serait loisible d'emprunter les vecteurs susceptibles d'être en définitive adoptés.

### **I - Approche globale**

Cette démarche – comme l'approche ciblée – n'aspire pas à la création de solutions nouvelles, sauf en ce qui concerne la question de certains hyperliens et ne veut opérer, pour le reste, qu'un retour au sens premier des textes en en précisant mieux les contours.

Cette approche propose d'abord de **compléter** la partie de la directive 2001/29 relative au droit de communication au public (**article 3** et considérant 24bis), afin de mieux **cerner les contours de ce droit** – Modifications à portée générale (A). Elle suggère ensuite, pour prendre en considération les droits fondamentaux, d'ajouter un considérant et une disposition au texte de l'article 5 afin de doter le dispositif actuel d'une **exception obligatoire excluant la création de certains hyperliens** du champ des actes soumis à autorisation – Modifications à portée particulière (B).

#### **A – Modifications à portée générale :** **mieux cerner les contours du droit de communication au public**

La solution proposée vise à cerner plus précisément les contours du droit de communication au public après les deux paragraphes (1 & 2) qui, dans la directive 2001/29 en proclament l'existence. Il s'agit donc d'ajouter un paragraphe 3 (le §3 actuel passant en § 4).

Pour ce faire :

- Le point 1 du paragraphe 3 (art. 3.3.1) lève toute ambiguïté sur la nature de l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public de l'acte qui consiste dans le fait de rendre accessible au public une œuvre ou un objet protégé.
- Chacun des points suivants (art. 3.3.2 et 3.3.3) vient apporter des précisions sur les éléments caractéristiques de ce droit qui suppose pour sa mise en œuvre :
  - o d'une part, l'existence d'un acte relevant de la communication au public (3.2)
  - o et, d'autre part, une destination publique de cet acte (3.3).

Dans ce cadre :

- o Le point 2 du paragraphe 3 définit donc mieux les contours des actes concernés ;
- o tandis que le point 3 du paragraphe 3 offre une définition de la notion de public.

Plus concrètement :

**1 - Le point 1 du paragraphe 3 (3.1) rappelle que le droit de communication au public est mis en œuvre par le fait de rendre accessible une œuvre ou un élément protégé.**

Le considérant 24 bis précise qu'il n'est pas nécessaire pour la mise en œuvre du droit de communication au public que l'acte consistant dans le fait de rendre l'œuvre ou l'élément protégé accessible au public soit effectivement suivi d'un acte de transmission.

**2 - Le point 2 du paragraphe 3 (3.2) vient davantage cerner la notion d'acte susceptible d'entrer dans le champ du droit de communication au public. Il est subdivisé en trois alinéas.**

- Le **premier alinéa** donne une idée de la **diversité des actes** susceptibles d'être accomplis en énonçant des généralités.
- Les **deuxième et troisième alinéas** déclinent la notion à propos de deux séries d'actes particuliers dont il convient – au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne – de rappeler leur soumission au droit de communication au public.
  - En matière de **communication dite « secondaire »**, le **2<sup>e</sup> alinéa**, entend affirmer que, contrairement à ce qu'estime la CJUE :
    - l'intervention d'un tiers à l'acte de communication initiale suffit à enclencher la mise en œuvre du droit de communication au public,
    - sans qu'il y ait lieu de s'interroger :
      - sur l'identité ou la différence du mode technique employé,
      - sur la présence ou non d'un public nouveau.
  - En matière « **d'injection directe** », le **3<sup>e</sup> alinéa** vise à rétablir la portée du droit de communication au public en rappelant le principe suivant lequel, s'il n'y a qu'un acte juridique de communication au public, les deux personnes/entités qui ont chacune accompli un acte matériel dans l'opération doivent conjointement répondre de cet acte juridique, c'est-à-dire obtenir une autorisation et verser une rémunération.

**3 - Le point 3 du paragraphe 3 (3.3) vient éclairer la notion de public, deuxième condition de mise en œuvre du droit de communication**

La nouvelle disposition prône un retour à la méthode employée dans la quasi-totalité des Etats membres de l'OMPI ou de l'OMC : l'opposition avec le cercle des **intimes** ou avec le **cercle de famille**.

Le **considérant 24 bis** rappelle quelques évidences :

- La notion de public **ne saurait être confondue avec celle de clientèle** ; le caractère **lucratif** de l'acte accompli est, par voie de conséquence, **indifférent** à la qualification de l'acte.
- Contrairement à ce qu'impose la CJUE, il n'y a **pas** lieu de faire de ce public une **approche quantitative**.
- Il n'est pas exigé de rechercher la présence d'un « **public nouveau** » pour qualifier l'acte accompli.

La deuxième intervention préconisée par la Mission s'insère dans l'article 5, sur les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins.

## **B – Modifications à portée particulière :**

### **création d'une exception obligatoire au droit de propriété littéraire et artistique en cas de création de certains hyperliens**

La création d'une exception part de l'idée qu'il y a lieu de pouvoir **garantir** le plus souvent possible **la liberté de lier** que la CJUE analyse comme un droit fondamental.

Toutefois, dans la mesure où cette liberté de lier ne peut être totale sous peine d'entraîner la disparition du droit d'auteur par une espèce d'épuisement dès le premier usage, la disposition nouvelle pose un **certain nombre d'exigences** – cumulatives – qui, si elles n'étaient pas remplies, laisseraient entière l'opposabilité des droits d'auteur ou voisins.

Les conditions sont les suivantes :

- i) 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 vers lequel renvoie ce lien.
- ii) L'œuvre ou l'élément protégé pointés par le lien doivent être **librement (c'est-à-dire sans restriction) accessibles** sur le site vers lequel renvoie ce lien.
- iii) Le créateur de l'hyperlien ne doit **pas poursuivre de but lucratif**.
- iv) L'hyperlien ne peut donner à l'internaute utilisateur l'**impression de consulter l'œuvre sur le site proposant le lien**.

L'exception obligatoire n'est assortie d'aucun système de compensation.

## **II – Approche « ciblée »**

Certains professionnels ont développé l'idée d'une approche moins ambitieuse car moins complète, mais, aux yeux de certains, peut-être plus réaliste car dotée d'un certain pragmatisme. L'approche est dite « ciblée » pour deux séries de raisons. D'abord du fait de son souci de rattachement aux propositions de textes rendues publiques par la Commission européenne le 14 septembre dernier. Ensuite en raison de la ventilation des propositions faites par la Mission. En effet, les modifications proposées sont réparties dans divers textes au lieu d'être réunies dans un ensemble ; il s'agit ainsi de compléter:

- la proposition de Directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique,
- ainsi que la proposition de Règlement établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio.

Si on laisse de côté les questions liées aux hyperliens (hors champ des modifications proposées), cette approche permet de résoudre les mêmes problèmes que l'approche globale.

Ainsi :

- les précisions destinées à redonner à la notion de « **public** » ses contours originels figurent dans la **Proposition de Directive**, par l'adjonction au texte soumis par la Commission d'un **considérant 39bis** ;

- les précisions destinées à régler la question de l' « **injection directe** » trouvent leur siège dans la **Proposition de Règlement**, dans des suggestions destinées, d'une part, à compléter l'**article 1<sup>er</sup>** et, d'autre part, à créer un nouvel **article 3bis**.

*Cette deuxième voie ne devrait cependant être envisagée que de **manière subsidiaire** dans l'hypothèse où l'approche globale serait insusceptible, pour des raisons politiques ou des questions de calendrier, d'aboutir. On ajoutera qu'elle se heurte à un obstacle non négligeable : le Gouvernement français (comme nombre de professionnels) est défavorable à l'adoption d'un Règlement relatif à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio.*

<b>Rapport CSPLA</b> <b>LE DROIT DE COMMUNICATION AU PUBLIC</b>
--

Par une lettre de mission du 5 février 2016, le président du CSPLA, Pierre-François Racine, a chargé la mission, composée des Professeurs Pierre Sirinelli et Alexandra Bensamoun et de Maître Josée-Anne Benazeraf, d'étudier le contenu du droit de communication au public.

Cette demande s'inscrivait dans le droit fil de précédentes missions effectuées dans le cadre du CSPLA<sup>1</sup> et elle était motivée par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui s'apparente de plus en plus à un travail de création prétorienne. C'est peut-être l'une des raisons qui a conduit la Commission européenne, dans sa communication du 9 décembre 2015, à faire part de sa volonté de s'emparer du sujet.

Il était indiqué dans la lettre de mission :

*« Vous examinerez quels **problèmes** le libellé de ce droit pose aujourd'hui, eu égard à son périmètre et à sa capacité d'appréhender ou non de nouvelles activités qui se sont développées depuis l'adoption de la directive 2001/29.*

*Vous évaluerez ensuite, à la fois **en droit et en opportunité**, **quelles évolutions** de la rédaction permettraient, tout en restant neutre technologiquement, de faire le départ entre ce qui relève d'un acte d'exploitation et ce qui devrait en être exclu.*

*Enfin, vous **esquisserez une proposition de rédaction** qui puisse être portée au niveau européen par la France ».*

La mission s'est employée à répondre à cette demande. Elle l'a fait avec prudence. C'est dire qu'elle n'est pas partie du principe qu'une intervention était nécessaire. Elle a d'abord pris soin de vérifier qu'il y avait éventuellement des problèmes à résoudre, pour, ensuite, s'assurer qu'il existait une véritable demande d'intervention.

Pour ce faire, considérant les textes existants et qui lient l'Union européenne comme les Etats membres, elle a examiné la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, afin de vérifier que cette dernière se développait en conformité avec les textes internationaux qui lient la France. Naturellement, la mission a procédé à de très nombreuses auditions, tant pour retenir les opinions juridiques des professionnels du secteur, que pour apprécier les effets pratiques et économiques des solutions dégagées, et enfin recueillir les opinions de ces professionnels sur le bien-fondé d'une intervention législative et sur le contenu de cette dernière elle devait se produire.

En outre, la mission s'est attachée à étudier le droit de communication au public dans tous ses aspects quand bien même la demande la plus forte des personnes entendues concernait la question plus particulière des hyperliens. Ces derniers font bien partie de la réflexion finale<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29 « Société de l'information » ; rapport de la mission sur l'articulation de la directive 2000/31 et de la directive 2001/29.

<sup>2</sup> Dans l'approche dite « globale », v. Partie 3.

mais n'en sont qu'une composante, les propositions qui vont être proposées dépassant de très loin cette seule hypothèse.

Aussi, après avoir évalué le contexte normatif relatif au droit de communication au public dans les différents textes qui lient l'Union européenne et les Etats membres (*Partie 1*), étudié de manière systématique la jurisprudence de la CJUE interprétant ces textes et vérifié la conformité de l'interprétation aux dispositions (*Partie 2*), la mission a décidé de proposer des modifications textuelles (*Partie 3*).

## PLAN

Partie 1. Contexte

Partie 2. Analyse critique de la jurisprudence de la CJUE

Partie 3. Propositions de réforme



## **Partie 1. CONTEXTE**

Le droit de communication au public trouve deux sources : communautaires (**I**) et internationales (**II**).

### ***I- Les textes communautaires***

Si le Traité de Rome ne contenait pas de référence directe à la propriété littéraire et artistique, il ne fallait pas en inférer que la matière échappait à l'emprise du droit communautaire. Aussi la Cour de justice a-t-elle fort légitimement, dans l'arrêt *Musik-Vertrieb*<sup>3</sup>, étendu à la propriété littéraire et artistique l'application des articles 34 et 36 du TFUE. C'est dans ce cadre qu'est intervenue l'harmonisation communautaire du droit d'auteur et des droits voisins, l'Union fondant prioritairement sa démarche sur l'article 114 TFUE, en vue de la réalisation du marché intérieur. Suivant une méthode d'harmonisation « à petits pas », mais néanmoins ambitieuse, l'Union européenne a clairement investi le champ de la propriété littéraire et artistique.

La directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information s'illustre par son caractère transversal. Pourtant, si la CJUE a plusieurs fois évoqué à son sujet le « droit commun » de la propriété littéraire et artistique, il convient de rappeler que la directive précitée ne réalise qu'une harmonisation partielle, liée à l'existence de services en ligne (« société de l'information »).

Il est précisé à l'article 3 relatif au droit de communication d'œuvres au public et au droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés :

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

*2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :*

*a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;*

*b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;*

*c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;*

*d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.*

*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.*

<sup>3</sup> CJCE, 20 janv. 1981, aff. C-55 et C-57/80.

La directive ne définit pas précisément l'acte de communication et de mise à la disposition ni la notion de public. Mais le concept n'est pas pour autant sans contour. Positivement, le texte européen fournit des directives d'interprétation et, négativement, il procède par exclusions.

- *Positivement* d'abord, la directive 2001/29 fournit des **directives d'interprétation** qui orientent le contenu normatif.

La première borne, posée aux considérants 9 et 10, souligne la direction générale de l'harmonisation en matière de droit d'auteur et de droits voisins : le processus doit en effet « se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle » ; cette protection élevée est en outre « nécessaire pour garantir une [...] rémunération [appropriée] et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement ».

La seconde orientation, plus spécifique, est fournie par les considérants 23 et 24, qui renvoient à une interprétation « large » du droit de communication au public et du droit de mise à la disposition du public, comme couvrant, respectivement, « toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication » et « tous les actes de mise à la disposition du public qui n'est pas présent à l'endroit où l'acte de mise à disposition a son origine ».

- *Négativement* ensuite, des **exclusions** permettent de préciser le concept.

D'abord, il ressort des considérants 23 et 24 que la directive ne trouve à s'appliquer que lorsque le public n'est pas en contact direct et immédiat avec l'œuvre ou l'objet protégé<sup>4</sup>.

Ensuite, s'agissant précisément du droit de mise à la disposition du public, il convient de noter que seul ce droit est ici harmonisé, le droit de communication au public en matière de droits voisins relevant de l'article 8 de la directive 2006/115 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 (version codifiée)<sup>5</sup>.

Par ailleurs, le contenu du droit de communication au public peut être déterminé par référence aux textes internationaux.

<sup>4</sup> V. notamment ce sens CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, C-403/08 et C-429/08 et 24 nov. 2011, *Circul Globus*, C-283/10.

<sup>5</sup> *Article 8 - Radiodiffusion et communication au public*

1. Les États membres prévoient pour les artistes interprètes ou exécutants le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques et la communication au public de leurs exécutions, sauf lorsque l'exécution est elle-même déjà une exécution radiodiffusée ou faite à partir d'une fixation.
2. Les États membres prévoient un droit pour assurer qu'une rémunération équitable et unique est versée par l'utilisateur lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé pour une radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques ou pour une communication quelconque au public, et pour assurer que cette rémunération est partagée entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes concernés. Ils peuvent, faute d'accord entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, déterminer les conditions de la répartition entre eux de cette rémunération.
3. Les États membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques, ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée.

## ***II- Les textes internationaux***

Le droit européen doit encore s'articuler avec les engagements internationaux de la France : en premier lieu, la Convention de Berne de 1886, et en second lieu, les textes « dérivés » de la Convention de Berne, à savoir l'Accord ADPIC (accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), annexé au Traité de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'OMC, et les traités OMPI du 20 décembre 1996.

Adoptée en 1886 sous l'impulsion de l'ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), la Convention de Berne est une convention multilatérale, plusieurs fois révisée (l'ultime fois dans l'Acte de Paris le 24 juillet 1971) qui occupe une place éminente sur la scène internationale, tant par le nombre d'Etats signataires que par sa volonté d'embrasser toute la matière du droit d'auteur international (y compris la condition des étrangers et les conflits de lois).

Le droit de communication au public y est présent au sein de plusieurs dispositions :

### ***Article 11***

*1) Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser : (...)*

*ii) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres. ...*

### ***Article 11 bis***

*1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :*

*i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images ;*

*ii) 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 ;*

*iii) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée (...).*

### ***Article 11ter***

*1) Les auteurs d'œuvres littéraires jouissent du droit exclusif d'autoriser : (...) ii) la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres. (...)*

### ***Article 14***

*1) Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser :*

*i) l'adaptation et la reproduction cinématographiques de ces œuvres et la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduites ;*

*ii) la représentation et l'exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites. (...)*

### **Article 14 bis**

*1) Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale. Le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que l'auteur d'une œuvre originale, y compris les droits visés à l'article précédent. (...)*

L'Union européenne n'est pas partie à la Convention de Berne. Elle est toutefois tenue de la respecter en vertu des stipulations d'autres conventions qui lient, quant à elles, l'Union<sup>6</sup>. Deux conventions font partie de l'ordre juridique de l'Union européenne et renvoient à la Convention de Berne : l'Accord sur les ADPIC, d'une part, et le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), d'autre part.

L'accord ADPIC, auquel l'UE est partie (déc. n° 94/800/CE, 22 déc. 1994), affiche sa filiation, par un mécanisme d'incorporation, avec la Convention de Berne dans divers articles ; notamment, l'article 2.2 contient une clause de sauvegarde très large<sup>7</sup>, qui concerne d'ailleurs tant les droits d'auteur avec la Convention de Berne que les droits voisins avec la Convention de Rome. L'article 9.1 prévoit encore que les Etats se conformeront aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne. Si l'Union européenne n'est pas directement obligée par la Convention de Berne, n'étant pas adhérente, elle y est indirectement tenue par ce mécanisme d'incorporation, ce que la CJUE ne conteste d'ailleurs pas<sup>8</sup>.

Les traités OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), signés à Genève le 20 décembre 1996 et ratifiés par l'UE le 14 décembre 2009, s'approprient également le contenu de la Convention de Berne et aussi de la Convention de Rome (pour les droits voisins), explicitement par renvois ou de façon implicite. Précisément, l'article 1<sup>er</sup> § 4 du Traité WCT dispose que « *les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1<sup>er</sup> à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne* ». En outre, et même s'il faut relativiser cette affirmation, le Traité WCT se présente comme un simple « arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne » (art. 1.1).

De son côté, le considérant 15 de la directive 2001/29 proclame directement sa filiation avec les Traités, considérant que « La présente directive vise aussi à mettre en œuvre certaines de ces nouvelles obligations internationales ».

<sup>6</sup> Pour une étude plus complète de l'articulation entre le droit international et le droit communautaire, v. *infra* Annexe 7 : analyse de Mme Brunessen Bertrand.

<sup>7</sup> Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés.

<sup>8</sup> CJUE, *Premier League* (précit.) : « [...] ledit article 3, paragraphe 1, [de la directive sur le droit d'auteur] doit être interprété, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, et en particulier en tenant compte de la convention de Berne et du traité sur le droit d'auteur. En effet, la directive sur le droit d'auteur vise à mettre en œuvre ce traité qui oblige, à son article 1er, paragraphe 4, les parties contractantes à se conformer aux articles 1er à 21 de la convention de Berne. La même obligation est par ailleurs prévue à l'article 9, paragraphe 1, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (voir, en ce sens, arrêt SGAE, précité, points 35, 40 et 41 ainsi que la jurisprudence citée) » (point 189).

S'agissant du droit de communication au public, l'article 8 du Traité WCT énonce :

*Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)ii), 11bis.1)i) et ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public<sup>9</sup> 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 de manière individualisée.*

L'article 10 du Traité WPPT déclare, quant à lui, au sujet du droit de mettre à disposition des interprétations ou exécutions fixées :

*Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.*

L'article 14 de ce Traité WPPT reprend la même définition au bénéfice des producteurs de phonogrammes.

En tout état de cause, dans un arrêt du 16 novembre 2016<sup>10</sup>, condamnant la législation française sur les livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle, la CJUE fait expressément référence à la Convention de Berne pour fonder sa décision, tout en rappelant le renvoi opéré dans le WCT et obligeant au respect des dispositions de la Convention.

Ces trois conventions<sup>11</sup> font partie de l'ordre juridique de l'Union européenne et doivent, à ce titre, être respectées par les institutions européennes et le droit dérivé qu'elles élaborent<sup>12</sup>. C'est aussi dire que la Cour de justice est censée respecter le droit de la Convention de Berne et l'exégèse qui en est faite.

L'analyse de la jurisprudence de la CJUE permet de douter que ce soit effectivement le cas.

<sup>9</sup> La communication au public est définie à l'article 2, g) comme « la transmission au public, par tout moyen autre que la radiodiffusion, des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou des sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme ».

<sup>10</sup> CJUE, 16 novembre 2016, aff. C-301/15.

<sup>11</sup> Pour une recension des textes internationaux pertinents, voir Annexe 2.

<sup>12</sup> CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73.

## **Partie 2. ANALYSE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE**

### **Introduction**

En dix ans et une quinzaine d'arrêts (seize pour être précis), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a élaboré sa conception du droit de communication au public, érigée d'emblée par l'arrêt *SGAE*<sup>13</sup> en **notion autonome de droit de l'Union**.

Cette conception, construite par strates successives, n'est pas évidente à présenter, tant elle est complexe et mouvante.

L'arrêt *Reha Training*, rendu en Grande Chambre le 31 mai 2016, à la demande des autorités françaises, était à cet égard porteur d'espoir d'une clarification et d'une consolidation de la jurisprudence antérieure de la Cour, qui offrirait aux praticiens un socle prévisible sur lequel s'appuyer<sup>14</sup>. Il n'est cependant pas certain qu'une telle consolidation soit intervenue puisque, quelques mois plus tard seulement, l'arrêt *GS Media* est venu de nouveau bouleverser la donne sur la question, il est vrai spécifique, des hyperliens.

Si l'on tente néanmoins de combiner ces deux arrêts et de systématiser leurs formulations pour écrire une définition du droit de communication au public tel qu'appréhendé par la CJUE, elle s'écrirait ainsi :

La notion de communication au public s'apprécie selon les mêmes critères et reçoit la même signification au regard du droit d'auteur prévu à l'article 3, paragraphe 1 de la directive 2001/29 et au regard du droit à rémunération prévu, en droits voisins, à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115.

Elle associe deux éléments cumulatifs, à savoir un "acte de communication" d'une œuvre ou d'un objet protégé et la communication de ceux-ci à un "public".

Elle implique une appréciation individualisée pour laquelle il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres, pouvant, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable et devant être appliqués tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres.

Un acte de communication s'entend d'un acte réalisé par un utilisateur qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à ses clients/destinataires accès à une œuvre ou à un objet protégé. Il est sous-entendu que le public qui fait l'objet de la communication est non pas "capté" par hasard, mais ciblé par l'utilisateur.

Le public s'entend d'un nombre indéterminé de destinataires potentiels constituant des personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé. Il doit être composé d'un nombre de personnes assez important supposant un seuil *de minimis* qui exclut une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante. Il convient néanmoins de tenir compte de l'effet cumulatif résultant du

<sup>13</sup> Les dates, références, contextes factuels et points clés des arrêts cités dans la présente analyse sont précisés en annexes 5 et 6.

<sup>14</sup> Les conclusions de l'Avocat Général Bot indiquent d'ailleurs au point 4 que "*La présente affaire offre à la Cour la possibilité de rappeler et de clarifier sa jurisprudence en la matière*".

nombre de personnes ayant accès à la même œuvre ou au même objet protégé parallèlement et successivement.

Pour être qualifiée de communication au public, la communication secondaire d'une œuvre ou d'un objet protégé doit être effectuée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un "public nouveau", c'est-à-dire d'un public n'ayant pas déjà été pris en compte par les titulaires de droits lorsqu'ils ont autorisé la communication de l'œuvre ou de l'objet protégé au public.

Le caractère lucratif d'une communication au public n'est pas dénué de pertinence ; il suppose la réceptivité du public auquel la communication est adressée.

Afin de déterminer si la fourniture d'un hyperlien donnant accès à une œuvre ou à un objet protégé constitue un acte de mise à la disposition du public et donc, un acte de communication au public, il y a lieu de distinguer suivant que la communication de l'œuvre ou de l'objet protégé sur le site cible vers lequel renvoie le lien est effectuée avec ou sans autorisation du titulaire de droits.

En cas de communication autorisée et du fait qu'internet constitue un seul et même mode technique, la fourniture du lien ne réalise une mise à la disposition du public que si l'accès au site cible sur lequel figure l'œuvre ou l'objet protégé est soumis à des mesures de restriction. A défaut, le public pris en compte par le titulaire de droits lorsqu'il a autorisé la communication de l'œuvre ou de l'objet protégé sur le site cible est constitué de l'ensemble des internautes en sorte que le lien n'opère pas une mise à la disposition d'un public nouveau.

Si une telle communication sur le site cible n'a pas été autorisée et que l'œuvre ou l'objet protégé est librement accessible sur le site cible vers lequel renvoie le lien, la fourniture de ce lien ne constitue pas une mise à la disposition du public. Toutefois, s'il est établi que le poseur de lien savait ou devait savoir que l'œuvre ou l'objet protégé est communiqué(e) sur le site cible de manière illicite, ou si le lien permet de contourner des mesures de restriction prises par ledit site pour en restreindre l'accès à ses seuls abonnés, il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une communication au public. Lorsque le lien est placé dans un but lucratif, il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet, cette présomption étant réfragable.

Cette tentative de définition appelle plusieurs remarques.

1) Elle ne résulte, en premier lieu, que des derniers arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Reha Training* et *GS Media*. Il s'agit, en quelque sorte, d'une **photographie à un temps "t"** qui, bien entendu, ne préjuge nullement de futures évolutions à court ou moyen terme, mais qui ne rend pas davantage pleinement compte des décisions antérieures. Or, ces décisions ne peuvent être négligées car, au fil de celles-ci, la Cour a élaboré un **ensemble de critères** dans lequel elle s'autorise à puiser à l'occasion de chaque affaire en particulier. Une analyse approfondie des arrêts de la Cour montre, en effet, que l'absence de recours à tel ou tel critère dans une décision ne signifie pas pour autant que ce critère est abandonné. Ainsi, par exemple, la Cour s'est appuyée, dans l'arrêt *GS Media*, sur une définition de l'acte de communication contenue dans son arrêt *Del Corso* rendu quatre ans plus tôt, alors même que cette définition avait entretemps évolué.

Le cheminement de la Cour ne peut être compris sans une analyse détaillée de chaque arrêt, qui permet de faire ressortir les évolutions, les hésitations et les contradictions, intrinsèques à chaque décision ou à l'ensemble de la construction. Cette analyse, à laquelle les présentes observations se réfèrent, est proposée en annexe 6 au rapport, précédé d'un tableau en annexe 5 présentant une synthèse des points-clés de chaque décision.

2) La comparaison de la définition reconstituée ci-dessus avec les dispositions de l'article 3 de la directive 2001/29 permet, en deuxième lieu, de mesurer l'ampleur des ajouts effectués par la Cour. La construction élaborée par celle-ci va bien au-delà d'une simple interprétation de la directive. Elle est véritablement **créatrice de droit**, et ce, sur la base de concepts étrangers tant à la directive 2001/29, qu'à la directive 2006/115 concernant le droit de communication au public dans le domaine des droits voisins, et qu'à l'ensemble des traités internationaux régissant la question.

De ce fait, en l'absence de validation par le législateur européen, cette construction prétorienne pose un problème de légitimité, et ce d'autant qu'elle n'avait pu être anticipée par les rédacteurs de la directive 2001/29<sup>15</sup>.

On précisera à cet égard que, dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, si le législateur européen s'était volontairement abstenu de définir la notion de "communication au public" et, particulièrement celle de "public", c'était pour en laisser le soin aux législations des Etats membres et non pour en appeler au travail d'interprétation de la Cour<sup>16</sup>.

3) La troisième observation concerne l'**extrême complexité de la norme produite**, qui la rend pour le moins difficilement accessible aux justiciables. On remarquera par exemple que la définition reconstituée ci-dessus fait appel à non moins de **16 concepts différents**<sup>17</sup>, qui ne sont pas, eux-mêmes, d'une compréhension évidente. Il faut lire et relire plusieurs fois chaque décision et plonger au cœur de l'ensemble pour espérer le comprendre.

Pourtant, cette complexité aurait aisément pu être évitée, notamment par une application rigoureuse de l'article 11 bis al. 1 ii) de la Convention de Berne.

La grande majorité des arrêts rendus concerne en effet l'hypothèse d'une communication au public secondaire, effectuée par un tiers à l'acte initial de radiodiffusion.

<sup>15</sup> V. En ce sens Silke von Lewinski, « Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public », in *Mélanges André Lucas*, Litec, 2014, p. 775 s. : "Il est aussi certain – et nous l'écrivons sur la base de notre participation aux réunions du groupe de travail des Etats membres dans le contexte de la directive location – que les Etats membres n'ont jamais prévu que la Cour interpréterait un jour des notions centrales au droit d'auteur comme celles de "public" ou "communication au public" ; on estimait plutôt à l'époque que les Etats membres auraient une certaine discrétion dans la manière concrète de transposer les directives, y compris d'interpréter de telles notions, qui avaient déjà été développées séparément dans les Etats membres."

<sup>16</sup> *"The notion of 'communication to the public' has been used in the acquis communautaire and the relevant international provisions, such of the Berne Convention and the WCT. As in the acquis communautaire, it is a matter for the national law to define 'public'"* : proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la Société de l'Information, Bruxelles 10 décembre 1997, COM (97) 628 final, exposé des motifs p. 25.

<sup>17</sup> "Pleine connaissance des conséquences de son comportement", "nombre indéterminé de destinataires potentiels", "personnes en général", "personnes déterminées appartenant à un groupe privé", "nombre de personnes assez important", "seuil de *minimis*", "effet cumulatif", "public ciblé", "mode technique spécifique", "public nouveau", "public pris en compte par les titulaires de droits", "caractère lucratif", "réceptivité du public", "accès soumis à des mesures de restriction", "connaissance de l'absence d'autorisation".



Or, le dispositif de l'article 11 bis al. 1 ii)<sup>18</sup> consacre dans ce cas, au profit des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, le droit exclusif d'autoriser une telle communication secondaire, **du seul fait qu'elle est effectuée par un autre organisme** que celui ayant effectué la communication d'origine.

Le texte, parfaitement clair, ne laisse place à aucune hésitation et la jurisprudence de la Cour y contrevient indiscutablement. Elle a, pour cette raison notamment, fait l'objet de vives critiques de la part d'éminents spécialistes, particulièrement au sein de l'Association Littéraire et Artistique Internationale<sup>19</sup> (ALAI), société savante dont l'influence sur la matière a été décisive.

D'aucuns objectent cependant que l'ancienneté de la Convention de Berne pourrait légitimer les distances prises par la Cour.

L'argument n'est guère convaincant, pour au moins **trois raisons**.

① La première est que le critère du "public nouveau", qui a tant contribué à complexifier la jurisprudence de la Cour, procède à l'origine d'une volonté légitime de la Cour de prendre en compte la Convention de Berne, même s'il en résulte une mésinterprétation de cette dernière. En effet, dans l'arrêt *SGAE*, la Cour a déduit à tort de la notion "d'organisme autre que celui d'origine", autrement dit, d'organisme distinct – seule condition requise par l'article 11 bis al. 1 ii) susvisé de la Convention de Berne pour donner prise au droit exclusif – celle de "public distinct".

Selon elle, une communication effectuée par un "organisme distinct" s'adresserait nécessairement à un "public distinct", c'est-à-dire à un "public nouveau"<sup>20</sup>. Or, ce postulat est inexact puisque l'organisme distinct peut parfaitement communiquer une œuvre ou un objet protégé au même public que celui visé par la communication d'origine. Le droit exclusif n'en sera pas moins mis en œuvre dans ce cas et l'interprétation de la Cour aboutit par conséquent au résultat inverse de celui résultant de l'application du texte clair de la Convention<sup>21</sup>.

Le critère du "public nouveau" est donc né d'une interprétation erronée de la Convention de Berne et non d'une volonté – légitime ou non – de la moderniser.

② Ensuite, ce critère est loin d'être une innovation : il avait été envisagé dès 1948, lors des travaux de la Conférence de Bruxelles ayant abouti à l'adoption de l'article 11 bis al. 1 de la

<sup>18</sup> "1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du **droit exclusif d'autoriser** :

i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images ;

ii) 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**".

<sup>19</sup> V. notamment les 3 rapports et avis suivants de l'ALAI : Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet, 16 septembre 2013, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf> ; Avis proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf> ; Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf>.

<sup>20</sup> Arrêt *SGAE*, point 40 : "Il y a également lieu de relever qu'une communication opérée dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal s'analyse, selon l'article 11 bis, premier alinéa, sous ii), de la convention de Berne, comme une communication faite par un **organisme** de retransmission **différent** de l'organisme d'origine. **Ainsi**, une telle transmission se fait à un **public distinct** du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre, c'est-à-dire à un **public nouveau**."

<sup>21</sup> Pour une analyse plus détaillée de l'arrêt *SGAE*, v. annexe 6.

Convention de Berne, avant d'être expressément écarté lors de la même Conférence au bénéfice du critère de l'autre organisme<sup>22</sup>.

③ Enfin, on observera que la quasi-totalité des critères posés par la Cour pour appréhender le droit de communication au public trouvent leur origine dans les conclusions prises par M. l'Avocat Général La Pergola dans l'affaire *EGEDA* jugée par la Cour le 3 février 2000, c'est-à-dire avant l'adoption de la directive 2001/29, en sorte que les critères d'interprétation sont antérieurs à l'acte même qu'ils ont vocation à interpréter. Les racines de la jurisprudence de la Cour sont donc anciennes.

4) La dernière remarque – et la plus fondamentale – concerne les conséquences de cette jurisprudence sur la protection accordée aux auteurs et titulaires de droits voisins qui ne cesse de diminuer au fil des décisions depuis l'arrêt *Del Corso* (avec la parenthèse des arrêts *ITV* et *OSA*).

Le dernier arrêt en date – *GS Media* – est à cet égard particulièrement inquiétant. La problématique des liens est certes complexe et la volonté de la Cour de parvenir à une solution équilibrée, parfaitement compréhensible. Il est cependant regrettable que l'équilibre recherché se traduise par une destruction de principes fondamentaux du droit d'auteur.

Cet amoindrissement de la protection peut paraître paradoxal si l'on considère que la Cour prend soin de rappeler, à chaque décision, l'objectif de protection élevée énoncé par les considérants 9 et 10 de la directive 2001/29 et le principe, qui en découle, d'interprétation large du droit de communication au public expressément posé par le considérant 23. La formule, répétée dans des termes quasi-invariables d'un arrêt à l'autre<sup>23</sup> semble cependant n'être plus que de style.

Ces observations générales se vérifient, bien entendu, à l'examen plus détaillé de la jurisprudence de la Cour dont il résulte, ainsi qu'il va être montré, que :

- l'existence d'une "communication au public" requiert trois conditions (un acte de communication, un public et, en cas de communication secondaire, un public nouveau ou un mode technique spécifique), associées, quoique de manière non systématique, à un critère - celui du "but lucratif" - dont le rôle apparaît en l'état incertain,
- ces conditions étant elles-mêmes définies par un ensemble de critères soumis à la règle de "*l'appréciation individualisée*".

Cette règle pose des problèmes de principe qui justifient de l'aborder avant l'analyse des conditions susvisées.

<sup>22</sup> Pour un historique complet, v. les principes commentés relatifs à la distribution par câble, *Le Droit d'auteur*, OMPI 1984, n° 63-67, p. 144 et s. : "*Pour résoudre ces difficultés, l'on a examiné si la notion de "nouveau public" pourrait se révéler plus utile. (...) Il a cependant paru difficile, pour des raisons pratiques, de définir la notion de "nouveau public" et de la retenir comme critère. La proposition a été rejetée par 13 voix contre 5. (...) Si les critères de "nouvelle communication publique et de "nouveau public" se sont révélés inopérants pour cerner des activités distinctes de l'organisme autorisé par l'auteur à radiodiffuser son œuvre, la conférence n'a en revanche jamais mis en doute le fait que la distribution d'une œuvre radiodiffusée par un tiers constitue toujours un nouvel acte de communication au public. (...) La disposition qui constitue maintenant le texte de l'article 11 bis 1) 2° de la Convention de Berne a été adoptée en sous-commission par 12 voix contre 6 (Doc. Berne, p. 290), puis à l'unanimité par la conférence.*"

<sup>23</sup> V. par exemple, en dernier lieu, dans l'arrêt *GS Media* : "*À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il résulte des considérants 9 et 10 de la directive 2001/29 que celle-ci a pour objectif principal d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public. Il s'ensuit que la notion de « communication au public » doit être entendue au sens large, ainsi que l'énonce d'ailleurs explicitement le considérant 23 de cette directive*" (point 30).

## **1 - LA VARIABILITE ERIGEE EN PRINCIPE : LA REGLE DE L'APPRECIATION INDIVIDUALISEE**

Cette règle, posée par la Cour dans les affaires *Del Corso* et *PPL*, et réitérée à l'identique<sup>24</sup> dans les arrêts *Reha Training* et *GS Media*, revêt un double aspect :

- il s'agit d'apprécier **chaque situation selon le cas d'espèce**,
- et de lui appliquer des **critères "individualisés"**, que l'on pourrait qualifier de **"flottants"**, puisqu'ils peuvent, selon les cas, **"être présents avec une intensité très variable"** et qu'ils ont finalement, plus de sens dans leur **"interdépendance"** et leur **"interaction les uns avec les autres"**, qu'individuellement, ce qui permet d'adopter une **combinaison différente selon les cas de figure**.

Ces deux aspects soulèvent des objections.

### **1.1 - L'appréciation au cas par cas**

La Cour affirme ne se prononcer qu'au regard de *"la situation d'un utilisateur précis"*<sup>25</sup> ; ainsi, il s'agira *"d'un cabinet dentaire, tel que celui en cause au principal"*<sup>26</sup>, d'un *"centre de rééducation, tel que celui en cause au principal"*<sup>27</sup>, d'un *"établissement thermal, tel que celui en cause au principal"*<sup>28</sup>, ou encore d'un *"organisme de radiodiffusion, tel que celui en cause au principal"*<sup>29</sup>, ce qui suggère, bien entendu, que ce qui vaut pour tel ou tel organisme ou professionnel en particulier ne vaudrait pas nécessairement pour un autre.

Pourtant les arrêts ne contiennent aucun détail sur la *"situation"* de chaque *"utilisateur précis"*.

Pour reprendre l'exemple du *"dentiste, tel que celui en cause dans l'affaire au principal"*<sup>30</sup> : que sait-on de lui sinon qu'il se nomme *Del Corso* ? Combien de praticiens exercent-ils dans son cabinet ? Quel est le volume de clientèle ? Quel est le montant du chiffre d'affaires ? Autant de détails qui ont pourtant leur importance au regard de l'approche *in concreto* prônée par la Cour.

On ne sait pas davantage comment les émissions de radio étaient diffusées dans ce cabinet dentaire : uniquement dans la/les salle(s) de soin ? Egalement dans la/les salle(s) d'attente ? Mais si tel était le cas, alors on retrouverait la configuration de l'arrêt *Reha Training* où la Cour a admis l'existence d'un public, à la différence de l'arrêt *Del Corso*, parce que les émissions de télévisions étaient retransmises à la fois dans la salle d'attente et les deux salles de soin.

L'absence de toute précision sur la situation factuelle qui serait particulière à ce cabinet dentaire n'empêche pourtant pas la Cour de considérer qu'elle *"dispose de tous les éléments nécessaires"*

<sup>24</sup> *"Aux fins d'une telle appréciation [individualisée], il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres. Par conséquent, il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres, étant entendu qu'ils peuvent, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable."*

<sup>25</sup> *Del Corso*, point 78.

<sup>26</sup> *Ibid.*, point 102.

<sup>27</sup> *Reha Training*, points 62 et 63.

<sup>28</sup> *OSA*, points 33, 34, et 67.

<sup>29</sup> *SBS*, points 23, 24 et 30.

<sup>30</sup> *Del Corso*, point 100.

pour apprécier s'il existe un acte de communication au public", comme elle l'indique au point 93 de son arrêt :

*"S'il appartient, en principe, aux juridictions nationales, ainsi qu'il a été indiqué au point 80 du présent arrêt, de déterminer si tel est le cas dans une espèce particulière et de porter toutes appréciations de fait définitives à cet égard, il y a lieu de constater que, s'agissant de l'affaire au principal, la Cour dispose de tous les éléments nécessaires pour apprécier s'il existe un tel acte de communication au public."*

La même affirmation figure au point 39 de l'arrêt *PPL* rendu le même jour.

Pourtant, s'agissant d'apprécier la situation de l'hôtel en cause au principal dans cette affaire *PPL*, l'arrêt énonce, au point 42 que :

*"Concernant, par ailleurs, conformément au point 33 du présent arrêt, l'importance du nombre de destinataires potentiels, il convient de relever que la Cour a déjà jugé que les clients d'un établissement hôtelier constituent un nombre assez important de personnes, de sorte que celles-ci doivent être considérées comme un public (voir arrêt SGAE, précité, point 38)."*

S'agit-il donc d'apprécier au cas par cas, mais sans précision factuelle, ou par catégorie ?

L'approche apparaît, en vérité, **source de confusion**.

Il en résulte une forte incitation, pour les juridictions nationales, à poser toujours plus de questions préjudicielles. Faut-il considérer la question des cabinets dentaires comme définitivement réglée et si oui, comment une telle réponse se justifie-t-elle dans le cadre d'une approche qui se veut *in concreto* ? Faut-il au contraire distinguer selon la situation particulière de tel ou tel ? *Quid*, par exemple, d'un cabinet dentaire regroupant 30 praticiens et disposant de 3 salles d'attentes ? Et s'il ne regroupe que 20 dentistes ? Faut-il par ailleurs distinguer entre ceux qui recevraient tous les nouveaux clients qui souhaitent prendre rendez-vous de ceux qui se consacraient à une clientèle habituelle ?

La situation apparaît très incertaine et cela, au regard de nombreuses questions tranchées par la Cour.

Est-il par exemple acquis que l'interprétation du droit de communication au public en droit d'auteur et en droits voisins, respectivement sur le fondement des directives 2001/29 et 2006/115, soit réellement harmonisée ?

On se souvient que, dans l'affaire *Del Corso*, la Cour avait justifié le choix d'une interprétation propre à chaque domaine par les différences de nature entre les deux droits : droit exclusif de nature "préventive" d'une part, droit à caractère compensatoire d'autre part. Dans l'affaire *OSA*, elle avait confirmé en jugeant que les "*principes tirés de l'arrêt SCF [Del Corso] ne sont pas pertinents*" dans une affaire de droit d'auteur.

Puis, la Cour a opéré un revirement avec l'arrêt *Reha Training* dans lequel elle a jugé, dans une affaire qui concernait à la fois le droit d'auteur et des droits voisins, que la notion de communication au public devait être appréciée "*selon les mêmes critères*" et recevoir "*la même signification*", "*afin, notamment, d'éviter des interprétations contradictoires et incompatibles entre elles, en fonction de la disposition applicable*" (points 33 et 34).

Mais cette appréciation est faite "*dans une affaire telle que celle au principal, concernant la diffusion d'émissions télévisées dont il est allégué qu'elle affecte non seulement les droits d'auteur mais aussi, notamment, les droits des artistes interprètes ou exécutants ou des producteurs de phonogrammes*, [où donc] il y a lieu d'appliquer tant l'article 3, paragraphe 1,

de la directive 2001/29 que l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115, tout en donnant à la notion de « communication au public », figurant dans ces deux dispositions, la même signification" (point 33).

Faut-il donc, pour que l'interprétation harmonisée s'applique, qu'une même affaire porte sur les deux droits à la fois ? En irait-il différemment si l'affaire ne concernait que le droit voisin à rémunération ?

On mesure le **risque d'inflation des questions préjudicielles** que comporte une telle approche.

En vérité, à supposer que chaque affaire soit, comme l'affirme la Cour, un cas d'espèce dépendant de circonstances factuelles, comment les juridictions nationales peuvent-elles juger sans poser de nouvelles questions préjudicielles dès lors que les faits ne seraient pas suffisamment similaires à ceux pris en compte par la Cour dans une affaire déjà jugée ?

On peut cependant s'interroger sur le rôle assigné à une Cour régulatrice : doit-elle rendre des décisions d'espèce ou plutôt élaborer des directives générales pouvant ensuite être appliquées par les juridictions étatiques ? Est ici en jeu la répartition des compétences entre la Cour de Justice de l'Union et les juridictions nationales et l'on peut craindre que la méthode prônée par la première ne conduise en pratique à confisquer aux secondes leur pouvoir d'appréciation au cas par cas.

## **1.2 - Les critères "flottants" : l'adaptation de la règle aux faits**

L'autre aspect de la règle de "l'appréciation individualisée" est la liberté qu'elle offre à la Cour, à l'occasion de chaque affaire, de puiser parmi les critères qu'elle a élaborés afin de mettre en avant tel ou tel d'entre eux, d'en faire varier l'importance et de les adapter au besoin selon les circonstances de fait pour parvenir au résultat souhaité<sup>31</sup>.

La situation est particulièrement flagrante en ce qui concerne l'acte de communication pour la définition duquel la Cour a successivement élaboré dix critères ainsi qu'il sera montré ci-après<sup>32</sup>.

Deux arrêts rendus le même jour - *Del Corso* et *PPL* - utilisent des critères différents pour caractériser l'acte de communication : "*intervenir de manière incontournable et en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à l'œuvre*" dans la première et "*distribuer un signal*" dans la seconde.

Parfois même, les variations se produisent au sein d'un même arrêt : dans *Reha Training*, le critère annoncé pour caractériser l'acte de communication ("*toute transmission des œuvres protégées indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé*", point 38) n'est pas le même que celui effectivement appliqué ("*transmettre délibérément des œuvres protégées*", points 55) ; dans le second cas, la transmission est intentionnelle, dans l'autre, elle ne l'est pas.

<sup>31</sup> V. en ce sens Pierre-Yves Gautier, « Eloge du syllogisme », JCP éd. G. 2015, p. 1494 : "*On passe d'un cheminement déductif, partant de la règle pour lui faire gouverner les faits, à un procédé inductif, centré sur ceux-ci, sous le couvert de standards ou de principes généraux si flexibles que le juge se trouve entièrement libre de donner la solution qui lui paraît convenir*". – V. également Vincent Varet, « Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile », *Légipresse* n°343, nov. 2016 : "*La désormais longue séquence d'arrêts relatifs au droit de communication au public (...) illustre assez bien cette construction par strates et couches successives, où les critères de qualification sont, au gré des affaires, complétés, affinés, combinés différemment... La cour apporte ici une nuance, là une précision, ici encore un repentir, si bien que le tableau ne cesse d'évoluer, sans que la relative permanence de la palette permette toujours de savoir dans quelle direction.*"

<sup>32</sup> V. également le tableau synthétique figurant en annexe 5.

Ce caractère intentionnel, "sous-critère" des critères alternativement utilisés pour définir l'acte de communication, est encore un parfait exemple de variabilité : il est apparu avec l'affaire *Organismos*, a été réaffirmé dans *Premier League*, pour disparaître dans *Airfield*, est réapparu dans *Del Corso* et *PPL*, a disparu dans *ITV*, est réapparu dans *OSA*, a disparu dans *Svensson* et *Bestwater*, est réapparu dans *SPA*, a disparu dans *Reha Training* (tout au moins quant au critère annoncé) et est enfin réapparu dans *GS Media*.

Ces variations ne sont pas propres au seul acte de communication.

Ainsi, par exemple, le critère du "*nombre indéterminé de personnes*" utilisé par l'arrêt *SGAE* (et ses précurseurs en droit des médias : *Mediakabel* et *Lagardère*) pour définir le public se transforme en "*caractère indéterminé du public*" (*Reha Training*), avant de revenir au "*nombre indéterminé*" (*GS Média*).

La variation sémantique renvoie à deux réalités : le nombre indéterminé et le public indéterminé. La CJUE ne peut pas restreindre, lorsqu'elle le souhaite, le périmètre du public à l'aide du seul critère du "nombre" indéterminé, ce pourquoi un glissement s'opère vers une appréciation qualitative qui définit les personnes et non plus le nombre.

Un autre exemple peut être trouvé dans le "*rôle de l'utilisateur incontournable*". Ce critère est en effet majoritairement utilisé pour qualifier, en totalité ou en partie, le public nouveau (*SGAE*, *Organismos*, *OSA*, *Svensson*, *Reha Training*), mais il l'est parfois également pour définir l'acte de communication (*Del Corso*, *GS Media*). La variabilité s'applique ici à la finalité d'un même critère.

Bien entendu, de nouveaux critères peuvent apparaître, comme celui du "mode technique spécifique" de l'arrêt *ITV*, permettant d'échapper à l'exigence du public nouveau et, dernièrement, avec l'arrêt *GS Media*, celui de "la connaissance", par le poseur de lien, du caractère illicite de la communication d'une œuvre sur le site source vers lequel renvoie ce lien.

On mesure le **risque d'arbitraire** que recèle l'extrême plasticité du système mis en place par la Cour, où les contours du droit de communication au public se modifient au gré des circonstances factuelles, où la règle de droit disparaît presque pour laisser finalement à la Cour la latitude de se prononcer selon ce qui lui semblera équitable ou équilibré, la justification, aisée grâce aux "critères flottants", pouvant donner l'impression d'un simple **habillage**.

Ce système exclut la **sécurité juridique nécessaire** aux acteurs du secteur culturel notamment pour négocier et conclure des accords<sup>33</sup>. Pourtant, l'amélioration de la sécurité juridique est un des objectifs fondamentaux de la directive 2001/29, répété à six reprises, aux considérants 4, 6 (deux fois), 7, 21 et 25. Cet objectif apparaît ici largement méconnu.

La CJUE admet pourtant elle-même, depuis 1962, que cette sécurité juridique constitue un **principe général du droit de l'Union**<sup>34</sup> et même, depuis 1972, une "*exigence fondamentale*"<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> V. Vincent Varet, préc. : "*la fonction d'interprétation uniforme du droit de l'Union, dont le mécanisme de la question préjudicielle est le fer de lance, et la prévisibilité juridique qui en est légitimement attendue, s'accommodent mal, nous semble-t-il, de la volonté d'adapter les solutions, et surtout les critères de qualification des notions interprétées, au gré des affaires qui lui sont soumises.*" – V. Pierre-Yves Gautier, préc. : "*Où l'on aperçoit que la méthode analytique du juge crée de l'insécurité juridique, à travers un droit jurisprudentiel bien moins saisissable, en dépit des apparences (copieuse motivation).*"

<sup>34</sup> CJCE, 6 avril 1962, affaire 13-61.

<sup>35</sup> CJCE, 14 juillet 1972, affaire 48-69. - V. Racha El Herfi, sous la supervision de Fabrice Burgaud, *Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen*, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation :

[https://www.courdecassation.fr/IMG///Principes\\_confiance\\_legitime\\_securite\\_juridique\\_droit\\_europeen.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///Principes_confiance_legitime_securite_juridique_droit_europeen.pdf)

Le principe est également consacré par la CEDH qui le juge, depuis l'affaire *Marckx*, comme "nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire"<sup>36</sup>.

L'insécurité juridique qui préside aux décisions de la CJUE en matière de droit de communication au public n'en est que plus regrettable.

## **2 - DES CONDITIONS DEFINIES PAR DES CRITERES MULTIPLES**

La variabilité des critères, source d'insécurité juridique, s'exprime au regard des quatre "pôles" autour desquels s'organise le droit de communication au public dans la jurisprudence de la Cour :

- l'acte de communication et le public, conditions qui résultent de l'énoncé même du droit,
- l'exigence d'un public nouveau ou d'un mode technique spécifique, condition ajoutée par la Cour au regard des communications secondaires,
- et le caractère lucratif de l'acte de communication, critère dont le rôle reste en l'état incertain.

### **2.1 - L'acte de communication**

En **16 décisions**, la Cour a élaboré non moins de **10 définitions** de l'acte de communication :

- distribuer un signal (*SGAE* et *PPL*),
- rendre délibérément accessible (*Organismos*),
- transmettre délibérément (*Premier League*, *SPA*),
- déclencher la communication ou intervenir lors de celle-ci pour rendre les œuvres accessibles (*Airfield*),
- intervenir de manière incontournable et en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à l'œuvre (*Del Corso*),
- retransmettre suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine (*ITV*),
- transmettre délibérément en distribuant un signal (*OSA*),
- offrir un accès direct aux œuvres (*Svensson*),
- transmettre des œuvres protégées indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé (*SBS*, *Reha Training*),
- intervenir en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet (*GS Media*).

<sup>36</sup> Michele De Salvia, *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique) - décembre 2001 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-place-de-la-notion-de-securite-juridique-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme.52122.html>

On précisera qu'au regard du droit de mise à la disposition du public, composante, en droit d'auteur, du droit de communication au public, les critères faisant intervenir la notion de "transmission" n'ont pas été et ne pouvaient être utilisés, du fait que le lien n'opère que la seule mise à disposition, la transmission s'opérant, à la demande, depuis le site source vers lequel renvoie le lien. La Cour a retenu la notion de "donner accès", sans élément intentionnel dans les décisions *Svensson* et *Bestwater*, avec élément intentionnel dans l'arrêt *GS Media*.

L'Avocat Général dans l'affaire *GS Media* a rappelé que le service juridique de la Commission, sans être suivi par la Cour, avait tiré argument de cette absence de transmission pour considérer que le lien n'opèrerait pas un acte de communication au public<sup>37</sup>.

Cette position n'est pas justifiée. Elle confond en effet l'acte de mise à la disposition – consistant dans le fait de proposer un accès à l'œuvre via le lien – et l'éventuelle transmission postérieure qui intervient si le lien est activé. La Commission l'avait, du reste, elle-même parfaitement explicité dans l'exposé des motifs précité de la proposition de directive en date du 10 décembre 1997, future directive 2001/29. Se référant à la Conférence de l'OMPI qui a adopté le Traité sur le droit d'auteur (WCT), elle soulignait en effet que "*l'acte fondamental consiste dans la mise à la disposition de l'œuvre au public, qui précède le stade de sa transmission effective à la demande*"<sup>38</sup>.

Cela étant, la jurisprudence de la Cour sur l'acte de communication soulève, outre son caractère disparate résultant des 10 définitions susvisées, deux principales objections :

- la prise en compte, dans la moitié des arrêts, d'un élément intentionnel,
- le morcellement artificiel, dans l'arrêt *SBS*, de l'acte de communication.

#### (a) La prise en compte d'un élément intentionnel

La prise en compte de l'intention subjective de celui qui accomplit un acte de communication est pour le moins surprenante au regard de la nature du droit d'auteur, droit réel protégé au titre du droit de propriété par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux et dont le respect ne saurait dépendre "*de la conscience qu'a, ou non, le tiers d'y porter atteinte*"<sup>39</sup>.

L'acte de communication constitue un fait **purement objectif** qu'il convient de considérer comme tel.

<sup>37</sup> "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 œuvre" (conclusions de l'Avocat Général, point 51).

<sup>38</sup> "The second part of Article 3(1) addresses the interactive environment. It follows closely the pattern chosen in Article 8 WCT and implements it at Community level. (...) As was stressed during the WIPO Diplomatic Conference, **the critical act is the "making available of the work to the public"**, thus offering a work on a publicity accessible site, **which precedes the stage of its actual "on-demand transmission"**. It is not relevant whether any person actually has retrieved it or not." Proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la Société de l'Information, Bruxelles 10 décembre 1997, COM (97) 628 final, exposé des motifs p. 26. – V. également proposition de base pour le traité de l'OMPI, Conférence diplomatique de Genève, 2-20 déc. 1996, commentaire 10.10 : "L'acte important est la mise à disposition de l'œuvre en permettant d'y avoir accès."

<sup>39</sup> Vincent Varet, préc.



Certes, en droit pénal, l'intentionnalité est généralement requise pour constater l'existence d'un acte de contrefaçon<sup>40</sup>, mais il s'agit d'un élément **distinct** qui intervient **après** la constatation de la matérialité du délit<sup>41</sup>. Ainsi, même en cette matière, l'intention n'entre pas en considération pour apprécier l'**existence** d'un acte de communication.

En droit civil, l'intention est totalement indifférente.

Ni les directives 2001/29 et 2006/115, ni les Traités de l'OMPI (WCT et WPPT), ni la Convention de Berne ne contiennent pareille exigence de l'intention d'accomplir un acte de communication.

Son ajout par la Cour, pour caractériser l'acte, s'écarte donc des principes traditionnellement admis en la matière.

Encore faut-il observer qu'il existe une **gradation dans les arrêts de la Cour** :

### 1) "Délibérément"

Dans certains arrêts, l'acte de communication consiste à "rendre délibérément accessible" ou à "transmettre délibérément".

Mais peut-on transmettre sans en avoir conscience ? Donner accès sans le faire exprès ? Hors les cas fortuits qui constituent des cas d'école (soirée festive, par une nuit d'été, où les voisins profitent de la musique partagée entre amis dans un appartement ou voiture qui roule, toutes fenêtres ouvertes avec l'autoradio au maximum de son volume) et qui n'ont jamais posé de problème à quiconque, l'hypothèse n'est pas envisageable, en sorte que la précision ajoutée par la Cour apparaît **inutile**.

Elle est de surcroît dangereuse, car elle ouvre un chef de contestation possible, par exemple en matière de *peer-to-peer* où les utilisateurs de ce type de logiciels pourraient prétendre n'avoir pas eu conscience de mettre des contenus à disposition en *upload*, et donc d'accomplir un acte de communication.

### 2) Intervenir en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à un objet protégé

Un cap est manifestement franchi avec cette formule née de l'arrêt *Del Corso*.

Que signifie-t-elle ? Les "*conséquences du comportement*" renvoient-elles simplement, comme dans le premier cas envisagé ci-dessus, à la conscience d'accomplir un acte de communication ? Probablement, et c'est sans doute pour cette raison que l'arrêt *Reha Training* relie à l'acte de communication l'affirmation selon laquelle "*il est ainsi sous-entendu que le public qui fait l'objet de la communication dans ces établissements est non pas "ciblé" par hasard, mais ciblé par leurs exploitants*"<sup>42</sup> (point 48).

<sup>40</sup> En droit français, l'élément intentionnel est requis par principe aux termes de l'article 121-3 du Code Pénal : "*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*", sauf si le législateur en dispose autrement, notamment en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. En droit d'auteur et droits voisins, selon une jurisprudence constante depuis le 19<sup>e</sup> siècle, l'intention coupable du contrefacteur est présumée résulter de la seule matérialité du délit.

<sup>41</sup> On rappellera le triptyque qui prévaut en matière pénale : élément matériel/élément légal/élément intentionnel.

<sup>42</sup> La formule est issue de l'arrêt *Del Corso*, qui y associait "la réceptivité du public". Dans l'arrêt *Reha Training*, la Cour dissocie le "ciblage", relié comme dit ci-dessus à l'acte de communication, du critère de la "réceptivité" qui peut intervenir pour l'appréciation du caractère lucratif analysé ci-après.

Mais la formule pourrait être interprétée dans un sens différent de celui voulu par la Cour, par exemple, pour prétendre que l'utilisateur devrait avoir conscience du préjudice qu'il cause, ce qui serait une condition singulière s'agissant, comme relevé ci-dessus, d'une atteinte à un droit réel (droit de propriété).

3) Intervenir en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet

Avec cette formule issue de l'arrêt *GS Média*, l'élément intentionnel est désormais clairement relié à l'objet de la communication par la nouvelle condition posée en matière de liens hypertextes : celle de la connaissance, par le poseur de lien, de l'absence d'autorisation au titre de la communication de l'œuvre ou de l'objet protégé effectuée sur le site source vers lequel le lien renvoie.

Certes, cette connaissance est présumée lorsque le lien est placé dans un but lucratif, mais il s'agit d'une présomption simple, réfragable. De plus, la preuve du caractère lucratif, dont on suppose que la charge sera supportée par les titulaires de droits, pourra prêter à discussion. A défaut de caractère lucratif et sauf cas du contournement d'une mesure de restriction du site source, les titulaires de droits seront bien en peine d'apporter la preuve d'une telle connaissance. Il leur faudra donc "constituer" cette connaissance en avertissant le poseur de lien, comme le suggère l'arrêt (point 51), ce qui revient, en pratique, à lui adresser une notification.

L'arrêt consacre ici *par principe* la **paralysie du droit de communication au public**, sauf preuve de la connaissance du poseur de lien, la présomption venant ici simplement **faciliter cette preuve** en cas de poursuite d'un but lucratif.

Il institue en effet :

- un principe : la fourniture d'un lien vers une œuvre illicitement mise à disposition sur le site cible et librement accessible sur celui-ci n'est pas un acte de communication au public, au motif que le poseur de lien "*n'intervient, en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet*" (point 48) ;
- une exception : s'il est établi que le poseur de lien "*savait ou devait savoir*" que la ressource (le fichier de l'œuvre) a été mise en ligne sur le site cible de manière illicite, ou si le lien permet de "*contourner des mesures de restriction*" prises par ledit site "*pour en restreindre l'accès à ses seuls abonnés*", "*il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une communication au public*" (points 49 et 50) ;
- et une présomption simple : lorsque le lien est placé **dans un but lucratif**.

La rupture avec les principes fondateurs du droit d'auteur et des droits voisins est manifeste.

Certes, la solution est limitée au cas spécifique des liens, en raison de l'équilibre que la Cour a souhaité rechercher mais, d'une part, elle crée un régime d'exception – qui fait d'ailleurs étrangement penser à celui conçu pour les **hébergeurs** par l'article 14 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 –, d'autre part, elle crée le risque d'une contagion à l'ensemble du droit de communication au public, ou tout au moins, le risque de contestations multiples et d'une inflation de questions préjudicielles liée à l'extension possible de ce régime spécifique hors le cas des liens.

Une dernière remarque doit être faite au sujet de l'introduction par la Cour, dans le paragraphe consacré à la présomption, d'une "connaissance" cette fois liée à la **nature protégée de l'œuvre** :

*"Par ailleurs, lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, **de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre** et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29" (point 51).*

On peut supposer que la Cour s'est ici laissé entraîner par une plume trop alerte, car cette référence à la "*connaissance de la nature protégée de ladite œuvre*" ne figure heureusement pas aux points précédents de l'arrêt. Mais, même en privilégiant cette hypothèse optimiste, il faudra attendre une nouvelle décision pour que ce trait inopportun soit corrigé.

#### **(b) Le morcellement de l'acte de communication**

Le cas de figure envisagé est celui de **l'injection directe**, processus en deux étapes au cours duquel :

- un radiodiffuseur transmet à un distributeur<sup>43</sup>, aux fins de réception par les abonnés de ce dernier, les signaux porteurs de programmes, cette transmission s'effectuant par une ligne de point à point privée – par fil ou sans fil, y compris par satellite – de telle sorte que les signaux porteurs de programmes ne puissent pas être captés par le grand public durant cette transmission,
- tandis que le distributeur réceptionne les programmes et les distribue à ses abonnés.

Le radiodiffuseur et le distributeur **agissent donc de manière concertée, en vue d'une unique diffusion à un seul public**, constitué des abonnés du distributeur. Ils perçoivent chacun une rémunération différente au titre de leur activité : recettes publicitaires (ou/et subventions, dons ou donations selon le modèle économique) pour le radiodiffuseur, prix payé par les abonnés pour le distributeur.

Cette pratique, désormais courante, se distingue de celle, plus traditionnelle, mais en voie de disparition, dans laquelle le câblo-opérateur ou le distributeur de bouquet satellitaire captait des programmes que le radiodiffuseur transmettait directement au public par voie hertzienne et/ou par satellite directement accessible au public. Il y avait dans ce cas deux actes de communications au public : la communication primaire, effectuée par l'organisme de radiodiffusion, régie par l'article 11 bis al. 1 i) de la Convention de Berne, et la communication secondaire, imputable au distributeur et régie par l'article 11 bis al. 1 ii) de ladite Convention.

<sup>43</sup> Câblo-opérateur, opérateur de bouquet satellitaire, opérateur de télévision par x(DSL), opérateur de réseaux de fibre optique (FTT(x)) ou opérateur diffusant via des réseaux de téléphonie mobile.

1) Dans l'affaire *Airfield*, la CJUE était saisie d'une question préjudicielle concernant une communication au public correspondant au processus décrit ci-dessus de l'injection directe.

Le débat portait sur le point de savoir :

- si le radiodiffuseur et le distributeur de bouquet satellitaire accomplissaient ensemble un seul acte de communication au public par satellite ou si, au contraire, les transmissions effectuées, l'une par le radiodiffuseur au distributeur de bouquet satellitaire, l'autre par ce dernier à ses abonnés, constituaient deux communications indépendantes,
- et, dans la première hypothèse, si le distributeur, par son intervention à l'acte de communication au public, était ou non tenu d'obtenir une autorisation des titulaires de droits s'ajoutant à celle dont le radiodiffuseur disposait déjà.

La Cour a considéré, dans le cadre de la directive 93/83 ("câble-satellite") interprétée à la lumière de la directive 2001/29 que l'opération en cause devait **"être considérée comme constituant une seule communication au public par satellite et donc comme étant indivisible"** (point 69), cette unique communication étant **imputable au radiodiffuseur**, qui la "déclenche", **ainsi qu'au distributeur** de bouquet satellitaire, ce dernier au titre de son "intervention" lors de ladite communication. Elle en a conclu que l'opérateur satellitaire devait également obtenir une autorisation.

2) Cette appréciation correspondait non seulement à une juste analyse de l'acte et de sa finalité visant, dès la première étape du processus, à la réception des programmes par le public du distributeur, mais également à la **pratique** selon laquelle les **sociétés d'auteurs**, en France, contractent, depuis plus de 30 ans :

- d'une part avec les radiodiffuseurs auxquels elles délivrent une autorisation au titre du droit de radiodiffusion des œuvres de leurs répertoires en contrepartie d'une rémunération assise sur les recettes publicitaires du radiodiffuseur (ou/et sur les subventions, dons ou donations, selon leur modèle économique),
- d'autre part avec les opérateurs de réseaux câblés, de bouquets satellitaires, de télévision par xDSL, de réseaux de fibre optique ou de réseaux de téléphonie mobile, auxquels elles délivrent également une autorisation au titre du droit de radiodiffusion des œuvres de leurs répertoires en contrepartie d'une rémunération assise sur les recettes d'abonnements qu'ils perçoivent auprès de leurs abonnés.

3) Elle correspondait également aux positions adoptées dans le cadre des **travaux menés par l'OMPI**, dans les années 1980, sur les nouvelles utilisations – notamment la télévision par câble et la radiodiffusion directe par satellite – ayant une incidence sur les intérêts des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins.

**L'unicité de l'acte de communication au public, le rôle conjoint et incontournable du radiodiffuseur et du distributeur ainsi que leur responsabilité conjointe**, qui en est la conséquence, ont ainsi été reconnus par le Comité d'experts gouvernementaux convoqué par le Directeur général de l'OMPI et le Directeur général de l'UNESCO.

S'agissant de la distribution par câble<sup>44</sup> de programmes transmis par satellites de service fixe, le Comité a ainsi retenu que :

*"En ce qui concerne la phase de distribution par câble, **l'organisme de radiodiffusion transmettant le programme par un satellite de service fixe et l'organisme distribuant le programme par câble devraient être considérés comme responsables - conjointement - vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur** sur les œuvres audiovisuelles en cause et vis-à-vis des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés par cette radiodiffusion. En ce qui concerne les phases précédant la distribution par câble, seul l'organisme d'origine devrait être considéré comme responsables vis-à-vis desdits titulaires de droits" (principe AW 36)<sup>45</sup>.*

Concernant la radiodiffusion par satellite de service fixe, le Comité d'experts a considéré que la phase de liaison ascendante (y compris l'émission des signaux), la phase de liaison descendante et la phase finale de transformation des signaux rendus directement accessibles au public constituaient un processus unique ayant pour finalité de communiquer au public les contenus en cause :

*"106. (...) les signaux qui sont acheminés par le satellite de service fixe, même s'ils ne peuvent pas être reçus tels quels par le public, **sont incontestablement destinés dès le départ à être recus par celui-ci, quel que soit le stade de leur diffusion où il devient possible au public dans son ensemble de les recevoir.** Ce qui importe en fait, semble-t-il, c'est de savoir si le processus complet de distribution au public des sons, des images ou des sons et images portés par les signaux a été décidé et programmé de façon certaine dès le début de la diffusion ou si, au contraire, la distribution effective au public demeurerait alors subordonnée à des décisions devant être prises ultérieurement, soit par l'organisme d'origine, soit par la station terrienne de distribution. (...) **la diffusion de signaux porteurs de programmes qui consiste en un processus unique déterminé, comportant plusieurs phases successives ayant pour fin d'atteindre le grand public, devrait être considérée comme une radiodiffusion, et ce, dès l'émission initiale des signaux en cause, même si ceux-ci ne sont pas encore accessibles au public.** (...)"*

*109. Par conséquent, la diffusion des signaux entre l'émetteur et le satellite, puis entre le satellite et la station terrienne, et enfin à partir de la station terrienne, devrait être considérée comme constituant **une seule et même utilisation** des œuvres audiovisuelles concernées. **Si la phase finale (transmission de la station terrienne au public) est assurée par un organisme distinct (ce qui est généralement le cas), il y a alors deux organismes qui sont conjointement responsables vis-à-vis des titulaires des droits** (...)"<sup>46</sup>.*

Cette co-responsabilité entre le radiodiffuseur et le distributeur implique nécessairement que chacun d'entre eux est tenu, au titre des actes accomplis par lui pour les besoins de la communication au public, d'obtenir une autorisation des titulaires de droits.

Les analyses effectuées dans les cadres des travaux de l'OMPI sont parfaitement **transposables à la distribution de programmes par injection directe.**

<sup>44</sup> A l'époque, celle-ci était la seule forme de distribution pratiquée mais les conclusions alors adoptées sont parfaitement transposables aux autres formes de distribution.

<sup>45</sup> Œuvres audiovisuelles et phonogrammes - Document préparatoire pour le Comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce Comité, principe AW 36 :

[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo\\_pub\\_120\\_1986\\_07-08.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo_pub_120_1986_07-08.pdf)

<sup>46</sup> *Ibid.*, points 106 et 109.

4) La CJUE n'en a pas moins considéré, dans l'arrêt **SBS**, appréciant cette fois la situation d'un organisme de radiodiffusion dans le cadre d'un processus d'injection directe, que celui-ci, bien qu'accomplissant un acte de communication, ne s'adresse pas au public, du fait qu'il "*transmet les signaux porteurs de programmes à des distributeurs individuels et déterminés sans que des téléspectateurs potentiels puissent y avoir accès*".

La Cour a ainsi estimé que la condition du **public** faisait **défaut**, car, selon elle, il n'y avait pas de "public", destinataire potentiel de l'acte de communication du radiodiffuseur, mais "*des professionnels individuels et déterminés*".

Cette décision **contredit** à l'évidence la solution antérieurement adoptée dans l'affaire **Airfield**.

C'est évident en ce qui concerne l'appréciation contradictoire de la notion de public. Dans les deux affaires, la Cour considère, à juste titre, qu'il n'y a qu'un seul public, constitué des abonnés du ou des distributeurs.

Mais dans l'arrêt **Airfield**, ce public est envisagé comme étant **celui visé dès l'origine** par le radiodiffuseur :

*"(...) il n'est pas contesté, d'une part, que, à partir du moment où ces signaux sont émis vers le satellite, ils sont adressés à un public, à savoir le public en possession d'une carte de décodage, fournie par Airfield"* (point 65).

Dans l'arrêt **SBS**, le radiodiffuseur n'a plus comme public que ses **distributeurs**, ce qui est d'autant plus singulier qu'il perçoit des recettes publicitaires au titre de la diffusion de ses programmes aux abonnés de ses distributeurs (lesquels, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, perçoivent pour leur part les recettes provenant des abonnements de leurs clients).

Absurde du point de l'analyse fonctionnelle et de l'analyse juridique qui en résulte, l'appréciation l'est ainsi également sur le plan économique.

Derrière cette première contradiction entre les deux arrêts concernant l'appréciation du public, s'en cache une autre, qui concerne cette fois l'**acte de communication**.

L'arrêt **SBS** postule en effet l'existence de **deux actes de communication** – l'un accompli par le radiodiffuseur, l'autre par le distributeur – dont le second seulement s'adresserait au public. Il y aurait en fait deux actes de communication, mais un seul acte de communication au public (accompli par les distributeurs), un seul public, mais deux actes de communication...

Dans l'affaire **Airfield**, elle avait au contraire analysé **l'ensemble du processus**, à l'instar des analyses menées par les experts gouvernementaux dans le cadre des travaux précités de l'OMPI.

Cette vision **morcelée** et **artificielle** d'un **processus d'ensemble**, livrée par la Cour dans l'affaire **SBS**, heurte le bon sens. Elle est de surcroît **dangereuse** si l'on considère l'exploitation qui pourrait en être faite par certains radiodiffuseurs pour remettre en cause les contrats des sociétés de gestion collective.

## 2.2 - Le public

La Cour définit le public selon **deux critères cumulatifs** : il doit s'agir d'un "**nombre indéterminé**" et "**suffisamment important**" de destinataires potentiels.

Depuis l'arrêt *Del Corso*, ces critères sont appliqués de telle manière qu'ils conduisent à une appréciation restrictive du public, spécifique, à l'origine, aux droits voisins régis par la directive 2006/115.

On aurait pu attendre de l'arrêt *Reha Training* qu'il rectifie cette appréciation dès lors que la Cour entendait harmoniser, ainsi qu'il a été rappelé, la notion de communication au public en droit d'auteur et en droits voisins. Mais c'est le contraire qui s'est produit : la Cour a procédé à un **nivellement par le bas**.

Il suffit, du reste, de lire l'arrêt *Reha Training* pour constater que le précédent de l'arrêt *Del Corso*, cité à 9 reprises, constitue sa principale référence.

### (a) Le nombre indéterminé

Ainsi qu'il est explicité en annexe 6<sup>47</sup>, le critère du "nombre indéterminé" est issu de l'ancien Guide de la Convention de Berne publié en 1978, suivi d'un lexique, en 1980. Il y figurait dans un commentaire concernant le paragraphe (iii) de l'article 11bis, alinéa 1 applicable aux retransmissions par haut-parleur et appareils analogues. Cette disposition n'était pas applicable dans la majorité des affaires tranchées par la Cour qui concernaient l'hypothèse d'une retransmission effectuée par un tiers à l'acte de radiodiffusion initial, régie par le paragraphe (ii) du même texte.

On précisera qu'il existe deux guides de la Convention de Berne publiés par l'OMPI. Le Dr. Mihály Ficsor, spécialiste mondialement reconnu de la propriété intellectuelle et ancien Assistant du Directeur Général de l'OMPI, a rappelé leurs conditions respectives d'élaboration lors de la Conférence de l'Association Belge pour le Droit d'Auteur consacrée au droit de communication au public qui s'est tenue à Bruxelles, le 15 janvier 2016.

L'ancien **Guide de 1978**<sup>48</sup>, de même que le **lexique**, paru en 1980, est un document de vulgarisation, rédigé dans les termes les plus simples possibles à l'attention des pays en voie de développement qui ne disposaient pas encore de législation relative au droit d'auteur et souhaitaient disposer d'une **information de nature générale** au sujet de la Convention de Berne. Il a été établi unilatéralement et dans des conditions non scientifiques. Les sources des commentaires ne sont notamment pas citées et il comporte de nombreuses approximations, ce qui est d'ailleurs parfaitement compréhensible s'agissait d'un **outil "simplifié"**<sup>49</sup>.

Le **second**, paru en 2003<sup>50</sup>, assorti d'un **glossaire**, est un ouvrage **beaucoup plus approfondi** dont l'objet est également plus vaste puisqu'il concerne l'étude de l'ensemble des Traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI (son premier chapitre étant consacré

<sup>47</sup> V. le commentaire de l'affaire *EGEDA*.

<sup>48</sup> *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Genève, 1978 : [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/615/wipo_pub_615.pdf)

<sup>49</sup> v. Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks - spoiled by the erroneous "new public" theory", [http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw\\_10\\_item=63](http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63) : "This explains the nature and style of the old Guide. *It was not supposed to be written as a scholarly study. It was intended to be as a general introduction to the Berne Convention.* As the Foreword pointed out, "[t]he sole aim of this Guide is to present **as simply and clearly as possible**, the contents of the Berne Convention" (emphasis added). The as-simple-as-possible style **did not allow a thorough analysis** of complex interpretation issues." - V. également Antoon Quaedvlieg, « Le droit de communication au public dans la jurisprudence de la CJUE », *Propriétés Intellectuelles*, avril 2015, n° 55 p. 125 : "Ainsi, le plus humble des textes fut hissé au rang des docteurs de l'Eglise."

<sup>50</sup> Guide des Traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI, OMPI 2003 : [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf)

à la Convention de Berne). Il s'agit d'un ouvrage établi dans des conditions scientifiques pour servir de **référence à l'interprétation** de la Convention au sein des pays membres de l'Union de Berne. Précédé de nombreuses études, et conçu dans le respect des règles d'interprétation de la Convention de Vienne, il a été soumis aux comités d'experts gouvernementaux, aux autorités compétentes des Etats membres, puis au Comité Exécutif de l'Union de Berne ainsi qu'au Comité de la Convention de Rome. Il s'agit donc **du guide de référence** de la Convention de Berne.

Le critère du "nombre indéterminé" de personnes pouvant constituer un public, mentionné dans l'ancien Guide, n'y figure pas, le nouveau guide définissant exclusivement la notion de public par rapport à la **sphère privée** et, plus précisément au **"cadre familial et à l'entourage immédiat d'une personne"** :

*"CB-11.4. Le terme **"public"**, qu'il s'agisse de l'adjectif ou du substantif, n'est pas défini dans la convention. Toutefois, l'adjectif **"public"** est à l'évidence l'antonyme de l'adjectif **"privé"** et, par voie de conséquence, ce qui ne peut pas être qualifié de **"privé"** est censé être **"public"**. De même, on peut considérer que, employé comme substantif, le terme **"public"** s'oppose à la **"sphère privée"**, autrement dit qu'il désigne les personnes qui ne font pas partie de l'entourage de l'utilisateur. La définition du terme **"public"** dans les lois et règlements ou dans les décisions de justice est laissée, en principe, aux pays de l'Union. Il convient de tenir compte de ce qui vient d'être dit au sujet des antonymes **"public"** et **"privé"** et bien évidemment on ne saurait restreindre de façon artificielle et arbitraire la portée de cette notion de **"public"** et, par-là même, le champ d'application des droits pour lesquels cette notion est déterminante. En tout état de cause, l'opinion qui semble prévaloir en la matière est qu'il faut entendre par utilisations **"publiques"** et par actes destinés au **"public"** toutes les utilisations et tous les actes qui sortent du cadre familial et de l'entourage immédiat d'une personne."*

On retiendra également la précision, contenue dans le passage précité, selon laquelle *"on ne saurait restreindre de façon artificielle et arbitraire la portée de cette notion de **"public"** et, par-là même, le champ d'application des droits pour lesquels cette notion est déterminante"*.

C'est pourtant ce que l'on peut reprocher à la Cour de justice.

Le critère du "nombre indéterminé", certes, n'est pas en soi nécessairement problématique<sup>51</sup>, mais on peut questionner son utilité pour comprendre la notion de "public". Même aux yeux de la Cour, il ne semble guère apporter un éclairage satisfaisant, puisqu'elle a jugé utile, dans l'arrêt *Del Corso*, de recourir au sous-critère des *"personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé"*, issu du vieux glossaire de 1980. Afin de l'introduire, la Cour opère, comme rappelé ci-dessus, un glissement du "nombre indéterminé" vers le "caractère indéterminé du public" :

*"S'agissant, tout d'abord, du **caractère «indéterminé» du public**, il importe de relever que, conformément à la définition de la notion de «transmission publique (communication publique)» donnée par le **glossaire de l'OMPI** qui, sans avoir force obligatoire de droit, contribue néanmoins à l'interprétation de la notion de public, il s'agit de «rendre*

<sup>51</sup> Dans son article précité aux *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Silke von Lewinski fait cependant observer que *"Si l'on prenait au sérieux cette manière d'interpréter la notion de **"public"**, surtout sur la base du critère d'un nombre indéterminé de destinataires potentiels, on pourrait même en conclure qu'une communication au public dans une salle de concert avec un nombre déterminé maximum de chaises serait une communication à un nombre déterminé de destinataires potentiels et dès lors ne viserait pas le public – ce qui prouve l'absurdité d'une telle argumentation."*



*perceptible une œuvre [...] de toute manière appropriée, à des **personnes en général**, par opposition à des **personnes déterminées appartenant à un groupe privé**»" (point 85).*

Le critère devient alors dangereusement restrictif, la Cour l'utilisant pour disqualifier la clientèle d'un cabinet dentaire qui ne constitue pas, selon elle, un public :

*"S'agissant, ensuite, des clients d'un dentiste, tel que celui en cause dans l'affaire au principal, il importe de relever que ceux-ci **forment normalement un ensemble de personnes dont la composition est largement stabilisée** et qu'ils constituent donc **un ensemble de destinataires potentiels déterminé, les autres personnes n'ayant pas, en principe, accès aux soins de ce dernier**. Par conséquent, il ne s'agit pas de «**personnes en général**», contrairement à la définition donnée au point 85 du présent arrêt" (point 95).*

Mais pourquoi la clientèle d'un dentiste serait-elle "*largement stabilisée*" ? La Cour veut-elle dire que cette clientèle ne se renouvelle pas, ce qui paraît peu vraisemblable ? Qui sont les "*autres personnes*" qui n'ont pas "*en principe, accès aux soins de ce dernier*" ? Celles qui ont un autre dentiste ? Et que faudrait-il décider pour les abonnés d'une salle de concert, ceux d'un cercle de cinéphiles, ceux d'un club de sport, pour les membres d'un comité d'entreprise, etc. : il n'y aurait pas de communication au public parce que le "cercle" est plus ou moins connu à l'avance ?

La solution n'apparaît guère satisfaisante et laisse de surcroît place à l'arbitraire, comme en témoigne la comparaison avec le centre de rééducation de l'arrêt *Reha Training*, affaire dans laquelle la juridiction de renvoi se considérait pour sa part tenue par la similitude factuelle avec le cabinet dentaire de l'affaire *Del Corso*. La Cour prend le parti inverse de la juridiction de renvoi, mais ne fournit pas de justification. Pour considérer que "*l'ensemble des patients d'un centre de rééducation, tel que celui en cause dans l'affaire au principal*" est constitué de "*personnes en général*", l'arrêt se contente en effet de relever que cela "*ressort du dossier soumis à la Cour*" (point 57).

On observera de surcroît que l'opposition faite par la Cour entre les "**groupes privés**" et les "personnes en général", et l'exclusion de la première catégorie apparaît contraire aux termes de la directive 2001/29. Elle est en effet difficilement conciliable avec plusieurs des exceptions prévues à l'article 5.3 qui visent des groupes *déterminés et restreints*. Or, s'il ne s'agissait pas de publics, l'exception ne serait pas nécessaire. Il en résulte que la position de la Cour depuis l'arrêt *Del Corso* – réitérée par l'arrêt *Reha Training* rendu en Grande chambre – entre en **conflit avec la norme européenne**.

Cela concerne principalement les exceptions suivantes :

*"a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi" ;*

*"e) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures" ;*

*"g) lorsqu'il s'agit d'une utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles organisées par une autorité publique" ;*

*"l) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel".*

**(b) Le "nombre assez important"**

Ce critère purement quantitatif, qui ne figure pas, quant à lui, dans l'ancien guide ou l'ancien glossaire de la Convention de Berne, a été posé par la Cour dans l'arrêt *SGAE* :

*"Dans un contexte tel que celui de l'affaire au principal, une approche globale s'impose, nécessitant, d'une part, de tenir compte non seulement des clients qui sont installés dans les chambres de l'établissement hôtelier, seuls explicitement visés dans les questions préjudicielles, mais également des clients qui sont présents dans tout autre espace dudit établissement et ont à leur portée un appareil de télévision y installé. Il importe, d'autre part, de prendre en considération la circonstance que, habituellement, les clients d'un tel établissement se succèdent rapidement. Il s'agit généralement d'un nombre de personnes assez important, de sorte que celles-ci doivent être considérées comme un public eu égard à l'objectif principal de la directive 2001/29, tel que rappelé au point 36 du présent arrêt" (point 38).*

Ce critère suscite dès l'abord d'importantes interrogations : *"Qu'est-ce qu'un nombre de personnes assez important ? Doit-on envisager un seuil dans l'absolu ou au regard de la nature de l'activité ? Est-ce qu'il suffit de viser un tel nombre, comme semble y inviter la formule de la Cour ou l'appréciation se fait-elle ex-post, au regard du public effectivement "touché" ?"*<sup>52</sup>

C'est dire que ce critère est à l'évidence source d'insécurité juridique, Il porte de surcroît en germe le risque d'interprétations par trop restrictives.

Il faut néanmoins observer que, pour privilégier une interprétation large de ce critère, la Cour avait, dans l'arrêt *SGAE*, introduit un **correctif** s'inspirant des conclusions de l'Avocat Général La Pergola dans l'affaire *EGEDA*. Elle précisait en effet qu'il convenait de tenir compte des **"effets cumulatifs"** résultant du fait que *"les clients d'un tel établissement se succèdent rapidement"* (points 38 et 39).

Mais ce correctif s'est trouvé considérablement restreint par l'arrêt *Del Corso* puisque, si la Cour prescrit toujours de tenir compte des clients qui se succèdent, il s'agit désormais de ceux qui ont parallèlement ou successivement accès à la **même œuvre** :

*"Afin de déterminer ce nombre, la Cour a tenu compte des effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels (voir arrêt *SGAE*, précité, point 39). À cet égard, il est non seulement pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement, mais également combien d'entre elles ont successivement accès à celle-ci" (point 30)*

Or, en cas de retransmission d'émissions de radio – hypothèse de l'affaire *Del Corso* – et, paradoxalement, plus encore d'ailleurs au regard d'émissions de télévision – hypothèse de l'affaire *Reha Training* –, le nombre des patients ou clients ayant successivement accès à la **même œuvre** ou au même objet protégé est nécessairement limité<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Valérie-Laure Benabou, "Droit de communication au public : harmonie, vous avez dit harmonie ?", *Dalloz IP/IT* septembre 2016.

<sup>53</sup> Dans le même sens, Valérie-Laure Benabou, préc. : *"Enfin, quelle est la durée que l'on doit prendre en compte pour apprécier le caractère cumulatif des personnes ayant successivement accès à l'œuvre ? Au demeurant, ce critère est-il adéquat pour appréhender véritablement la communication d'une œuvre en particulier ? Les espèces dans lesquelles il est employé visent essentiellement des flux de radiodiffusion. Or, la récurrence avec*

La Cour le précise d'ailleurs elle-même au point 96 de l'arrêt *Del Corso* :

*"En outre, si les clients se succèdent, il n'en demeure pas moins que, présents à tour de rôle, ces clients, en règle générale, ne sont pas destinataires des mêmes phonogrammes, notamment de ceux radiodiffusés."*

L'observation n'est évidemment pas propre aux cabinets dentaires.

Privilégiant une approche plus restrictive encore, l'arrêt *Del Corso* a également introduit le critère du "**seuil de minimis**" "*qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante*" (point 86).

Là encore, l'appréciation porte en germe un risque d'arbitraire, car il devient difficile de comprendre les distinctions opérées par la Cour, par exemple entre la clientèle du dentiste de celle du centre de rééducation de l'affaire *Reha Training*.

La Cour affirme, dans ce dernier arrêt, que "*le cercle des personnes constitué par ces patients n'est pas « trop petit, voire insignifiant »*", parce que "*lesdits patients peuvent jouir des œuvres diffusées parallèlement, à plusieurs endroits de l'établissement*" (point 58).

Mais en quoi le fait que le public se trouve réparti à plusieurs endroits (en l'occurrence, deux salles d'attente et une salle d'exercice) a-t-il une influence sur son quantum ? En quoi la situation diffère-t-elle de celle d'un cabinet dentaire qui comporte une salle d'attente et, généralement, plusieurs salles de soins ? La Cour ne l'explique pas.

Le critère du "nombre de personnes suffisant" se révèle ainsi **imprévisible, potentiellement arbitraire, et réducteur** des droits conférés aux auteurs et aux titulaires de droits voisins. Tout comme celui du "groupe privé" opposé aux "personnes en général", il entre en conflit avec les exceptions susvisées prévues à l'article 5.3 de la directive pour des groupes restreints de personnes.

Il semble de surcroît étranger au droit interne de nombreux Etats membres dans lesquels, comme l'a démontré Agnès Lucas-Schloetter<sup>54</sup>, la notion de public s'entend par opposition au caractère privé de la communication, ce caractère privé étant lui-même défini soit en contemplation des relations existants entre les membres du groupe<sup>55</sup>, soit par un critère spatial (dans la sphère domestique)<sup>56</sup>.

On partagera de ce fait les critiques également adressées par Silke Von Lewinski et Michel M. Walter d'un **manque d'ancrage de la jurisprudence de la Cour** dans les traditions juridiques des Etats membres :

*"Il est certain que la plupart des Etats membres, à ce jour, ont interprété la notion de "public" selon d'autres critères que ceux appliqués maintenant par la Cour"*<sup>57</sup>.

*laquelle des personnes ont successivement visionné ou auditionné la même œuvre au sein d'un même lieu public - café, restaurant, magasin, coiffeur, centre de soins - est extrêmement aléatoire et on peut estimer qu'une durée de temps très longue sera requise avant que cette œuvre particulière ait été accessible à un nombre de personnes assez important."*

<sup>54</sup> Interventions lors de la Conférence de l'Association Belge pour le Droit d'Auteur consacrée au droit de communication au public, Bruxelles, 15 janvier 2016, ainsi qu'au colloque de Madrid également consacré au droit de communication au public : El derecho de comunicación al público, Congreso internacional, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 13 octobre 2016.

<sup>55</sup> "Cercle de famille" en France et en Belgique ; "relatives or friends or equivalent persons" aux Pays-Bas, "personal relationship" en Allemagne.

<sup>56</sup> "Un ambito estrictamente domestico" en Espagne.

<sup>57</sup> Silke von Lewinski, « Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public », in *Mélanges André Lucas*, Litec, 2014, p. 775 s. Madame von Lewinski ajoute que : "En général, on se trouve de plus en plus dans une situation où la Cour,

*"Le plus gros inconvénient de ce type de jurisprudence en matière de droit d'auteur au niveau de l'Union européenne réside dans le fait que la Cour se place plus ou moins en dehors des traditions des systèmes de droit d'auteur des Etats membres, ce qui explique pourquoi les arrêts sont rendus à partir d'une sorte de 'Nirvana légal'"<sup>58</sup>.*

### **2.3 - Condition applicable aux communications secondaire : un public nouveau ou un mode technique spécifique**

#### **2.3.1 - La condition du public nouveau**

##### ***Genèse***

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, le critère de nouveau public, envisagé puis expressément écarté en 1948 à l'occasion de la Conférence de Bruxelles ayant abouti à l'adoption de l'article 11 bis 1 de la Convention de Berne dans sa rédaction actuelle, est réapparu dans les conclusions en date du 9 septembre 1999 prises par l'Avocat Général La Pergola dans l'affaire *EGEDA*.

L'analyse de ces conclusions, qui figure en annexe 6, montre que la réapparition de ce critère provient d'une erreur de qualification sur le mode de communication qui était en cause dans cette affaire<sup>59</sup> combinée à l'utilisation d'un passage inadéquat de l'ancien guide de la Convention de Berne.

Six ans plus tard, l'Avocat Général en charge de l'affaire *SGAE*, Madame Sharpston, évite dans un premier temps les erreurs de son prédécesseur en menant son analyse sur le fondement du bon texte - l'alinéa ii) et non iii) de l'article 11 bis 1 -, rappelle que celui-ci procède de la révision de la Convention de Berne intervenue en 1948, précise qu'il consacre le critère "*purement fonctionnel*" de la communication "*faite par un autre organisme que celui d'origine*" et va même jusqu'à souligner, en se fondant sur l'ouvrage de référence du Professeur Sam Ricketson consacré à la Convention de Berne<sup>60</sup>, que "*l'option consistant à exiger une nouvelle autorisation à chaque fois que la retransmission 'crée un nouveau cercle d'auditeurs' [a] été délibérément rejetée*" (point 50).

au sein de laquelle siègent des généralistes plutôt que des experts en droit d'auteur, est amenée à interpréter, sur la base du principe d'interprétation autonome et uniforme de toutes les notions utilisées dans les directives, des notions de droit d'auteur qui sont incorporées dans l'ensemble des législations des Etats membres sur le droit d'auteur et basées sur de longues traditions nationales et qui ont souvent des spécifications spécifiques. Dans une telle situation, et étant donné la volonté des Etats membres qui ont rédigé ces directives de garder une certaine marge d'interprétation, il serait peut-être opportun pour le législateur de l'Union européenne d'être à l'avenir plus vigilant et de prévoir explicitement des références au droit national lorsqu'il ne veut pas laisser l'interprétation des notions à la Cour de justice, dont la jurisprudence est susceptible de fortement perturber certaines notions fondamentales du droit d'auteur et des droits voisins telles qu'elles sont consacrées et appliquées depuis longtemps dans les Etats membres. Autrement, si le législateur européen désire interpréter différemment de la Cour des notions utilisées dans les directives, il pourra seulement adopter un acte de législation exprès modifiant la jurisprudence de la Cour."

<sup>58</sup> Michel M. Walter, « Du développement du droit d'auteur européen durant la dernière décennie et du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne », in *Mélanges André Lucas*, Litec, 2014, p. 785 s.

<sup>59</sup> Retransmission d'une radiodiffusion dans les chambres d'un hôtel, relevant de l'article 11 bis 1 (ii) qualifiée de retransmission par haut-parleurs relevant du paragraphe (iii) de cet article.

<sup>60</sup> Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College 1987.

Pourtant, de manière incompréhensible, Madame Sharpston n'en fait pas moins prévaloir le critère "*délibérément rejeté*" du public nouveau en s'appuyant sur l'ancien Guide de l'OMPI (alors que le nouveau avait entretemps paru) et, plus précisément, sur son commentaire relatif à l'article 11bis 1) iii) inapplicable à la situation d'espèce<sup>61</sup>.

La Cour ayant suivi son Avocat Général et établi, comme rappelé ci-dessus, un lien causal inexistant entre la notion "d'autre organisme" de la Convention de Berne et celle de "public distinct, c'est-à-dire nouveau, le critère du public nouveau a ainsi fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour.

Dans l'affaire *SGAE*, il pouvait sembler ne jouer qu'un rôle surabondant, destiné à conforter le raisonnement, mais, dès l'ordonnance *Organismos*, il est apparu qu'il s'agissait désormais d'une condition nécessaire à la qualification de "communication au public", ajoutée par la Cour sans plus désormais de référence à la Convention de Berne et à son ancien guide, le critère s'étant ainsi, en quelque sorte, "autonomisé".

### *Une condition contraire aux textes internationaux et européens*

La notion de "public nouveau" ne figure pas, et pour cause, dans le Guide autorisé de la Convention de Berne paru en 2003, qui rappelle, au regard de l'article 11bis, alinéa 1 (ii), le critère, particulièrement simple et objectif du tiers qui procède à une rediffusion de la radiodiffusion d'origine. On peut alors supposer que, si ce nouveau guide avait été porté à la connaissance de la Cour, l'erreur eût été évitée.

Cette erreur est pourtant particulièrement dommageable puisqu'elle conduit à restreindre le droit conféré aux auteurs en le soumettant à une **nouvelle condition** et ce, sans autre fondement textuel qu'une référence erronée à un guide simplifié et obsolète qui, de surcroît, " *vise simplement à expliquer les raisons pour lesquelles la convention de Berne a établi des droits minimums distincts du droit de radiodiffusion direct*" sans poser "*nullement la condition d'un 'nouveau public'*"<sup>62</sup>.

Cette condition ne figure dans aucune Convention ou Traité, non plus que dans la directive 2001/29.

Les travaux précités de l'ALAI<sup>63</sup>, auxquels il sera permis de renvoyer, démontrent sa **totale contrariété**, tant à l'égard de la directive 2001/29, que des traités de l'OMPI – que la directive

<sup>61</sup> V. dans le même sens, Silke von Lewinski préc. : "*Alors que l'affaire SGAE concerne la retransmission d'une émission de télévision par un hôtelier dans les chambres individuelles de l'hôtel, c'est-à-dire une hypothèse qui relève de l'article 11bis(1)(ii) de la convention de Berne, la Cour base son argumentation sur les explications tirées du Guide de la convention de Berne relatives à l'article 11bis(1)(iii), lequel couvre le cas de la communication par haut-parleur ou d'autres instruments analogues d'une radiodiffusion.*"

<sup>62</sup> Silke von Lewinski, préc.

<sup>63</sup> V. notamment les 3 rapports et avis suivants de l'ALAI : Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet, 16 septembre 2013, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf> ; Avis proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf> ; Rapport et avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf>

a notamment pour objectif de mettre en œuvre – et de la Convention de Berne dont elle constitue une **dénaturation**.

### *Les critères définissant la condition du nouveau public*

Deux critères définissent, alternativement ou cumulativement, le nouveau public :

- l'un, **subjectif**, relatif aux **prévisions supposées des ayants droit** lorsqu'ils ont autorisé la communication primaire, ainsi défini dans l'arrêt *Reha Training* :

*"(...) la Cour a estimé que, pour relever de la notion de 'communication au public', une œuvre radiodiffusée doit être transmise à un 'public nouveau', c'est-à-dire qui n'était pas pris en compte par les titulaires de droits sur les œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine"* (point 45),

- l'autre, **objectif**, déduit du *"rôle incontournable de l'utilisateur"* qui procède à la communication secondaire, ainsi défini dans l'arrêt *Reha Training* :

*"Dans ce contexte, la Cour a souligné le rôle incontournable de l'utilisateur. En effet, elle a jugé que, pour qu'il y ait communication au public, il faut que cet utilisateur donne, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, accès à l'émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée à un public supplémentaire et qu'il apparaisse ainsi que, en l'absence de cette intervention, les personnes constituant ce public 'nouveau', tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée"* (point 46).

(a) Le premier critère procède sans doute d'une volonté louable de tenir compte des prévisions des titulaires de droit lorsqu'ils ont autorisé la communication primaire de l'œuvre ou de l'objet protégé. Dans l'affaire *SGAE*, où la Cour l'a consacré, il permettait de conforter l'analyse conduisant à considérer que la retransmission du signal des émissions de télévision dans les chambres d'un hôtel relevait bien du droit de communication au public.

Il s'agit cependant d'un critère éminemment subjectif qui prête aux titulaires de droit une **intention supposée** dont l'appréciation comporte nécessairement une part d'arbitraire. De fait, le critère peut être indifféremment manié soit dans le sens d'un renforcement de la protection, soit dans celui de son affaiblissement, comme en témoigne, à l'opposé de la direction protectrice suivie dans l'affaire *SGAE*, la jurisprudence réductrice de la Cour en matière de liens hypertexte.

On rappellera à cet égard que, par son arrêt *Svensson*, la Cour a considéré que, dans l'hypothèse d'une œuvre licitement communiquée au public sur un premier site (que l'on dénommera "site cible"), dépourvu de mesures restrictives, en sorte que ladite œuvre s'y trouve librement accessible, la création d'un lien renvoyant vers la ressource de l'œuvre se trouvant sur le site cible ne constitue pas une communication au public de l'œuvre.

En effet, selon la Cour, le public du second site comportant le lien ne serait pas nouveau par rapport à celui du site cible, parce qu'il serait en quelque sorte compris dans le public virtuel du site cible : les visiteurs du second site *"doivent être considérés comme des destinataires potentiels de la communication initiale et donc comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale"* (point 27).

Cette approche a été confirmée, et même élargie par la Cour dans son ordonnance *Bestwater*.

Alors que, dans l'arrêt *Svensson* (point 26), la Cour prête aux titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale sur le site cible, d'avoir ciblé "*l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné*" (incluant donc, comme mentionné ci-dessus, les visiteurs du second site comportant le lien), elle affirme, plus radicalement dans l'ordonnance *Bestwater*, qu'ils ont "*pris en compte l'ensemble des internautes comme public*" (point 18).

Les internautes sont ainsi considérés comme un seul et même public<sup>64</sup>. L'affirmation a de quoi surprendre alors qu'il n'a jamais été aussi évident, notamment pour les publicitaires, que chaque site a son public propre que ces professionnels tentent précisément de cibler au plus près<sup>65</sup>. Or, "*Il va de soi qu'économiquement et sociologiquement les internautes ne forment pas une masse unique mais se décomposent en d'innombrables publics bigarrés et disparates*"<sup>66</sup>.

Toujours est-il qu'en prêtant aux titulaires du droit d'auteur l'intention d'avoir considéré les internautes comme un seul public supposé être compris dans le champ de l'autorisation relative à la communication initiale sur le site cible, la Cour a fait une application de la théorie du "consentement implicite" inspirée de la doctrine américaine de la *implied license*, avec son corollaire de l'*opt-out*. En vertu de ce système, opposé au principe du droit exclusif sur lequel repose le droit d'auteur en Europe, l'auteur est considéré par principe comme ayant implicitement autorisé l'exploitation de son œuvre, sauf à exprimer sa volonté contraire.

Sur ce point, dans son récent arrêt portant sur la loi française relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>e</sup> siècle (dite "Re-LIRE")<sup>67</sup>, la Cour affirme que la prise en compte d'un consentement implicite ne serait pas contraire à la directive 2001/29, au motif que celle-ci ne préciserait pas la manière dont le consentement préalable de l'auteur doit se manifester<sup>68</sup>.

Cette affirmation de principe est cependant assortie des réserves suivantes :

*"Toutefois, l'objectif de protection élevée des auteurs auquel se réfère le considérant 9 de la directive 2001/29 implique que les conditions dans lesquelles un consentement implicite peut être admis doivent être définies strictement, afin de ne pas priver de portée le principe même du consentement préalable de l'auteur"* (point 37).

*"En particulier, tout auteur doit être effectivement informé de la future utilisation de son œuvre par un tiers et des moyens mis à sa disposition en vue de l'interdire s'il le souhaite"* (point 38).

<sup>64</sup> V. par ex. Séverine Dusollier, "Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication", *Revue du droit des technologies de l'information*, n°54/2014 : "*Toute communication sur internet nécessite le consentement des ayants droit, parce qu'il s'agit d'une communication au public, mais ceux-ci sont supposés avoir considéré les internautes comme un seul public, ce qui permet de conclure qu'une communication par hyperlien ne constitue pas un acte de communication. La logique de l'argumentation est faible*".

<sup>65</sup> V. Valérie-Laure Benabou, "Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public", blog Le "chat" et la souris, <https://vlbenabou.wordpress.com/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>

<sup>66</sup> Séverine Dusollier, préc.

<sup>67</sup> CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15.

<sup>68</sup> Point 35 : "*Cela étant, l'article 2, sous a), et l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ne précisent pas la manière dont le consentement préalable de l'auteur doit se manifester, de sorte que ces dispositions ne sauraient être interprétées comme imposant qu'un tel consentement soit nécessairement exprimé de manière explicite. Il y a lieu de considérer, au contraire, que lesdites dispositions permettent également de l'exprimer de manière implicite.*" - Ce point est suivi d'une référence à l'arrêt *Svensson*.

Or, on peut douter que les restrictions d'accès au site cible, censées exprimer l'*opt-out* en matière de liens hypertextes, répondent à une telle conception restrictive du consentement implicite énoncée dans l'arrêt *Re-LIRE*.

En effet, outre les objections de principe que soulève l'admission de la théorie du consentement implicite, l'arrêt *Svensson* a fait l'objet de fortes critiques au motif que les mesures de restriction d'accès du site cible que le titulaire du droit d'auteur serait réputé prendre pour manifester son opposition à la création de liens renvoyant à l'œuvre communiquée sur ledit site ne sont aucunement précisées et sont probablement impraticable (en tous cas du point de vue de leur mise en œuvre par ledit titulaire du droit)<sup>69</sup>.

Enfin, on s'interrogera sur la prise en compte du périmètre de l'autorisation originale, fût-elle implicite, en matière du droit voisin à rémunération prévu à l'article 8 de la directive 2006/115 qui exclut par hypothèse toute autorisation donnée par les bénéficiaires de ce droit, et ce, alors même qu'en vertu de l'arrêt *Reha Training*, les mêmes critères devraient s'appliquer en droits voisins et en droit d'auteur.

(b) L'autre critère du public nouveau, déduit du "*rôle incontournable de l'utilisateur*" qui procède à la communication secondaire, se comprend quant à lui de la manière suivante : le public nouveau est celui qui n'accède à l'œuvre que grâce à l'intervention délibérée ("*en pleine connaissance des conséquences de son comportement*") de cet utilisateur, sans laquelle, bien que se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de la communication initiale, il ne pourrait jouir de l'œuvre diffusée.

Il s'agit du postulat de la Cour rappelé ci-dessus selon lequel la communication secondaire effectuée par un organisme distinct de celui ayant procédé à la communication primaire, supposerait nécessairement que celui-ci s'adressât à un public également distinct de ladite communication primaire, pour relever du droit exclusif de communication au public.

Or, il a déjà été explicité ci-dessus que le droit consacré par l'article 11 bis 1 (ii) de la Convention de Berne consacrait, au profit des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, un droit mis en œuvre **du seul fait** qu'une communication de l'œuvre radiodiffusée est réalisée par un autre organisme que celui d'origine, aucune autre condition n'étant requise.

<sup>69</sup> V. par ex. : Séverine Dusollier, préc. : "*Enfin, et à la suite logique du consentement implicite, l'arrêt admet que des restrictions d'accès puissent être posées par l'auteur. Un hyperlien ne pourra pas lier à du contenu qui ne serait pas librement accessible par ailleurs. Cela nous paraît légitime. Mais cette restriction d'accès peut-elle résulter d'un simple refus du titulaire de droit que son œuvre soit pointée ou référencée par des hyperliens ? Les moteurs de recherche s'interdisent déjà de référencer du contenu intégrant une balise signalant un tel refus. Qu'en est-il d'un avertissement sur le site web ? Dans les conditions générales ? Comment ensuite faire connaître ce refus des auteurs qui ont autorisé la communication sur un site web qu'ils ne contrôlent pas aux metteurs d'hyperliens qui visent ce dernier ?*" - V. également, préc., "Rapport et Avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet" : "*L'autorisation tacite (ou licence implicite) constitue une piste que l'ALAI a longuement étudiée mais qu'elle a fini par rejeter. (...) Surtout, l'ALAI estime préoccupant que l'autorisation se déduise non pas des choix effectués par l'auteur ou l'ayant droit mais bien des caractéristiques du site internet ou du moteur de recherche par l'intermédiaire duquel on accède à l'œuvre. Par exemple, si l'auteur met son œuvre sur un site qui se laisse référencer par des moteurs de recherche s'ensuit-il qu'il consent à n'importe quel mode d'accès puisqu'un moteur de recherche qui référence le site suit uniquement les instructions qui sont « tout ou rien » ? Voir, notamment, Valérie-Laure Benabou, Joëlle Farchy, Cécile Méadel, Le référencement des œuvres sur Internet, Rapport du CSPLA 91-94 (2013) critiquant les solutions d'opt-out imposées par les fournisseurs de services selon une logique de tout ou rien. Il ne convient pas de laisser la détermination de l'autorisation aux concepteurs du code adopté par le service intermédiaire. L'opposabilité des droits de l'auteur ne doit pas dépendre de la question de savoir si l'auteur a observé des règles qui ont été écrites par des contrefacteurs potentiels.*"



**Pourtant, la Cour réduit le champ de ce droit exclusif, constituant un minimum conventionnel, en le soumettant à deux conditions :**

- l'autre organisme doit agir sciemment ("*en pleine connaissance des conséquences de son comportement*") ;
- et son intervention doit être déterminante pour donner accès à l'œuvre protégée en sorte que, sans cette intervention, les destinataires de la communication "*ne pourraient en principe jouir de l'œuvre diffusée.*"

**Ce faisant, elle contrevient clairement aux dispositions de la Convention de Berne.**

Le Professeur Mihály Ficsor fait au surplus justement observer<sup>70</sup> que la position de la Cour est expressément contredite par les "principes commentés de protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la distribution de programmes par câble" adoptés par le Comité exécutif de l'Union de Berne en décembre 1983<sup>71</sup>.

Ceux-ci excluent en effet toute restriction relative à une quelconque zone de réception de la radiodiffusion :

*"la Convention de Berne reconnaît expressément, sans aucune référence aux "zones" ni aucune autre restriction territoriale, le droit spécifique d'autoriser toute distribution par fil d'œuvres radiodiffusées effectuée par une autre personne que l'organisme d'origine."*

Il en résulte que le critère de l'utilisateur incontournable sans l'intervention duquel "*les personnes constituant ce public 'nouveau', tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée*" contrevient aux principes adoptés par les pays membres de l'OMPI dans le cadre de la Convention de Berne.

### **2.3.2 - L'alternative du mode technique spécifique**

Dans l'affaire *ITV*, qui concernait la retransmission en direct sur internet d'émissions radiodiffusées, la Cour s'est trouvée confrontée à une hypothèse dans laquelle, à la différence des affaires qu'elle avait jusqu'alors appréhendées, le public pouvait accéder indifféremment aux émissions, soit au moyen d'un poste de télévision, soit sur internet.

Il n'y avait donc pas de "public nouveau", mais on conçoit qu'il eût été incompréhensible que la Cour refuse pour cette raison la qualification de communication au public à la retransmission en *streaming*, sur internet, des émissions en cause.

La Cour aurait pu saisir l'occasion de renouer avec une application simple et orthodoxe de la Convention de Berne, en abandonnant le critère du public nouveau pour celui de "l'autre organisme", comme l'y invitait implicitement la High Court of Justice en insistant, dans sa question préjudicielle, sur la notion d'organisme tiers, sans aucune référence à celle du "public nouveau"<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Mihály J. Ficsor, "*Svensson*: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks - spoiled by the erroneous "new public" theory", [http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw\\_10\\_item=63](http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63)

<sup>71</sup> *Le Droit d'auteur*, Revue mensuelle de l'OMPI, n°4, avril 1984.

<sup>72</sup> La première question préjudicielle était ainsi libellée : «1) *Le droit d'autoriser ou d'interdire la 'communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive [2001/29] s'étend-il à la situation dans laquelle :(...) b) un tiers (à savoir un organisme autre que le radiodiffuseur original) fournit un service dans lequel des abonnés individuels dans la zone destinée à être la*

Elle a préféré créer un correctif fondé sur **le mode technique de retransmission des œuvres** en cause, en considérant que l'acte de communication se trouve caractérisé du fait que *"la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre se fait suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine"* (point 26).

Il s'agit d'une condition alternative à celle du **public nouveau** qui n'est plus pertinente en présence de deux transmissions - l'une primaire, l'autre secondaire - *"chacune effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public"* (point 39).

Cette condition alternative n'est cependant pas satisfaisante : elle est en effet, à l'instar de tous les critères retenus par la Cour, beaucoup trop incertaine quant à sa signification, outre qu'elle pourrait se révéler rapidement obsolète, comme le souligne par exemple le Professeur Séverine Dusollier :

*"Quand y a-t-il mode technique différent ? Dans l'arrêt Airfield qui reprend la condition de public nouveau, la transmission de programmes par satellite diffère pourtant techniquement de la télédiffusion classique par les ondes, or ce cas est rangé par la Cour dans les hypothèses de même mode technique de transmission<sup>73</sup>. (...) On peut parier que le clivage entre modes techniques différents se révélera un jour inadéquat à appliquer dans certains contextes. La convergence des techniques de transmission et des médias digitaux risque de rendre très poreuse cette prétendue distinction entre les procédés de transmission."<sup>74</sup>*

Dans l'affaire *GS Media*, la Cour affirme que *"le lien hypertexte et le site Internet auquel il renvoie donnent accès à l'œuvre protégée selon le même mode technique, à savoir Internet"* (point 42). Sur le plan technique, il semble cependant audacieux d'affirmer qu'un lien et un site web pourraient relever du même mode technique. L'affirmation suivante selon laquelle ce même mode technique serait "internet" est tout aussi contestable : internet est en effet bien davantage un média qu'un mode technique.

Enfin, le Professeur Ficsor<sup>75</sup> fait justement observer que cette condition alternative du mode technique spécifique se trouve également contraire à l'article 11bis (1) (ii) précité de la Convention de Berne. Ainsi qu'il a été rappelé, ce texte consacre en effet le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire "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". Or, lorsque la communication secondaire est effectuée sans fil, elle utilise le même mode technique que la communication primaire.

Le droit consacré par la Convention de Berne s'applique donc tout aussi bien lorsque le public de la communication secondaire est le même que celui de la communication primaire que lorsque le même mode de communication est utilisé pour chacune d'elle.

*zone de réception de la radiodiffusion, qui pourraient recevoir légalement la radiodiffusion sur un récepteur de télévision dans leur propre maison, peuvent se connecter au serveur du tiers et recevoir le contenu de la radiodiffusion au moyen d'un flux Internet ?"*

<sup>73</sup> Dans l'affaire *SGAE*, les modes techniques de transmission étaient également différents : transmission sans fil (radiodiffusion) pour la communication primaire, retransmission par câble pour la communication secondaire.

<sup>74</sup> "Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication", *Revue du droit des technologies de l'information*, n°54/2014.

<sup>75</sup> Préc.

## 2.4 - Le caractère lucratif

Critère surabondant ou véritable condition, le caractère lucratif a fait l'objet d'étonnantes mutations au gré des arrêts de la Cour.

Dans l'affaire *SGAE*, la Cour, tout en constatant que l'exploitation en cause revêtait en l'espèce un caractère lucratif, n'avait pas tranché le point de savoir s'il s'agissait d'une condition d'existence d'un acte de communication au public.

Dans l'affaire *Premier League*, le caractère lucratif a été qualifié de "*non dénué de pertinence*". Il a ensuite été érigé en critère "fort" assimilé à une condition dans les arrêts *Del Corso* et *PPL*, avant d'être considéré à l'inverse comme "*non déterminant*" et "*sans influence sur la qualification*" dans l'arrêt *ITV*, puis, de nouveau, "*non dénué de pertinence*" dans l'arrêt *SPA*, d'être crédité d'une pertinence relative dans l'arrêt *Reha Training* "*aux fins de la détermination de l'éventuelle rémunération*" mais non pour la qualification de communication au public, avant, en dernier lieu, d'être à nouveau désigné comme "*non dénué de pertinence*" dans l'affaire *GS Media* où il joue un rôle de premier plan mais sur le terrain probatoire, dans le cadre du tout nouveau régime créé par la Cour pour les liens renvoyant vers des œuvres ou objets protégés illicitement communiqués au public sur le site source.

Le rôle attribué par la Cour au but lucratif est donc pour le moins incertain. Faut-il s'en tenir au périmètre restreint qui lui est assigné dans l'arrêt *Reha Training* et considérer que l'affirmation contenue dans l'arrêt *GS Media* selon laquelle il est à nouveau considéré comme "*non dénué de pertinence*" est spécifique à la question des liens ?

Il serait bien hasardeux de se prononcer, et l'on retrouve à cet égard le problème récurrent d'insécurité juridique qui caractérise la jurisprudence de la Cour en matière de droit de communication au public.

Peut-être l'extrême variabilité du rôle assigné au but lucratif s'explique-t-elle par le fait que ce critère a concentré, à juste titre, de très fortes critiques en raison de sa contrariété tant aux textes internationaux et européens qu'aux traditions juridiques des Etats membres.

Dans l'affaire *Del Corso*, Madame Verica Trstenjak, Avocat Général, avait parfaitement démontré qu'imposer le but lucratif comme condition de l'acte de communication au public serait contraire aux directives 2006/115 et 2001/29 :

*132. Premièrement, pour qu'il y ait communication au public, il n'est pas nécessaire que l'utilisateur poursuive un but lucratif.*

*133. Tout d'abord, l'expression "communication au public" n'indique pas la nécessité d'un but lucratif.*

*134. Ensuite, s'opposent à une telle exigence non seulement le lien avec la disposition déjà citée de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2006/115, mais aussi le lien avec l'article 5 de la directive 2001/29 auquel renvoie l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2006/115. Ainsi, les dispositions de l'article 5, paragraphe 3, sous a), b) et j), de la directive 2001/29 prévoient que les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions au droit de communication au public lorsqu'il s'agit d'utilisations privilégiées déterminées et qu'elles ne poursuivent pas de but commercial ou de but commercial allant au-delà de l'activité privilégiée. Il en résulte a contrario qu'il peut y avoir également communication au public sans poursuite d'un but commercial ou lucratif."*

Paradoxalement, c'est pourtant dans cette affaire que la Cour lui a fait jouer le rôle le plus important. Sans qu'aucune conclusion définitive ne puisse en être tirée...

\*\*\*\*\*

### *Conclusion*

Au terme de cette analyse, il apparaît que la Cour de justice de l'Union européenne s'est singulièrement **affranchie** des textes dont elle est pourtant chargée de livrer l'interprétation. Elle ne s'est pas simplement écartée de la lettre des dispositions européennes devant être lues à la lumière des textes internationaux, elle en a ignoré en partie l'esprit quand bien même elle n'a de cesse de rappeler l'objectif de protection élevée des intérêts des ayants droit.

Le bilan fait apparaître un **foisonnement de paramètres** au gré d'une **jurisprudence sinieuse**.

L'analyse menée révèle ainsi que la Cour de justice a découvert, au fur et à mesure des affaires, une batterie de critères à prendre en considération. Certains lecteurs peuvent avoir l'impression que la CJUE progresse en tâtonnant. Pour d'autres, la Cour propose un **système « ouvert »** dans lequel elle offre aux juges la possibilité de puiser. Il s'agit là en quelque sorte d'une boîte à outils qui présente l'avantage de la souplesse. Mais pour quelle prévisibilité ? La diversité de ces critères est telle que – sauf pour chaque cas précis considéré – **la solution et même, pire, le raisonnement à suivre peuvent ne pas être connus à l'avance**.

Les solutions de la Cour de justice ne sont pas simplement trop éloignées des textes qu'elles sont censées interpréter, ni même trop diverses et peu cohérentes, elles sont tout simplement peu utiles et impraticables dans leur mise en œuvre.

Ce qui signifie qu'en pratique :

- 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,
- les juges nationaux ne disposent d'aucun éclaircissement véritablement opérationnel,
- l'harmonisation souhaitée est très loin d'être atteinte : on ne sait plus en quoi consiste le droit de communication au public !

A ces constats, il est possible d'ajouter une crainte : celle d'une spirale inflationniste de questions préjudicielles puisque chaque nouvelle solution apporte son lot d'interrogations. Sans qu'il soit certain que la construction en cours d'édification gagne nécessairement en clarté.

Un retour au sens premier des textes aurait sans doute permis d'éviter tant ces dérives que les doutes dans l'esprit des professionnels du secteur (utilisateurs d'œuvres, exploitants comme ayants droit).

Pour cette raison, des voies se font entendre exprimant le **vœu d'un éclaircissement des textes à l'occasion d'une des interventions législatives projetées par les autorités européennes.**

Les justifications de cette aspiration peuvent être multiples voire contradictoires.

Pour la majorité, il s'agit, à tout le moins, de rétablir une certaine **prévisibilité**. Soit parce que la construction retenue serait trop porteuse d'incertitudes. Soit parce que les normes à interpréter seraient perçues comme imprécises, parfois même comme dépassées.

Pour certains, il y a un souhait de **retour à l'orthodoxie** : il n'est pas possible que les juges nationaux des 28 Etats membres demeurent contraints d'appliquer des solutions de la CJUE qui s'écartent de la lettre et de l'esprit des textes internationaux que les textes européens – interprétés par les juges de Luxembourg – doivent eux-mêmes respecter. Chaque juge national est désormais déchiré entre deux obligations, normalement convergentes, qui conduisent, ici, à deux solutions contradictoires. Le juge national est tenu d'un devoir de respect des normes supérieures qui lient l'Etat dont il relève. Il est donc tenu de lire les textes nationaux à la lueur des textes internationaux. Il est également obligé de respecter l'interprétation de la CJUE des textes européens pris en contemplation des normes internationales. Que faire lorsque les deux séries de solutions divergent ? Appliquer la norme internationale au risque d'une condamnation européenne en manquement ? Privilégier, pour éviter cette sanction, l'interprétation des juges de Luxembourg au risque de voir un jour un Etat tiers solliciter un panel de l'OMC ?

Pour d'autres analystes de la jurisprudence européenne, l'intervention se justifierait pour des **raisons purement institutionnelles**. L'écart – indéniable au regard des démonstrations précédentes – entre la norme écrite et l'interprétation retenue par la Cour justifie, au nom des principes démocratiques de **séparation des pouvoirs**, que la parole soit à nouveau donnée au législateur.

On peut donc former le vœu d'une **intervention normative** de la Commission et du Parlement, **seules institutions compétentes pour le faire**.

Le « **dialogue** » entre le juge et le législateur est un phénomène mondial et de toutes les époques. Il peut se poser avec plus d'acuité lors des périodes de grandes évolutions ou mutations. Il est susceptible de connaître, habituellement, trois issues :

- La passivité du législateur qui laisse au juge le soin d'adapter la norme à des hypothèses nouvelles. C'est un choix d'attente généralement justifié par le souci d'éviter une intervention qui se révélerait inopportune ou prématurée. Cette attitude est désormais impossible ici pour les raisons indiquées.
- La consécration de la construction jurisprudentielle de la CJUE par sa reprise dans des textes. Mais cette voie paraît peu probable dans la mesure où l'on imagine mal un législateur incorporer dans une directive des solutions dont il vient d'être démontré qu'elles sont contraires aux textes européens et internationaux qui lient les Etats membres de l'Union.
- Le « bris » de jurisprudence. Cela ne serait qu'un rappel au sens communément admis. Cette voie apparaît, en définitive, comme la **seule initiative raisonnable** pour restaurer ordre, cohérence, prévisibilité et sécurité.

L'intervention demeurerait cependant, au moins sur ce point, modeste : il s'agirait simplement, dans le nouvel instrument européen, de rappeler le sens premier des textes – en liaison avec les normes internationales – afin de réaliser un retour à l'orthodoxie.

### **Partie 3. PROPOSITIONS DE REFORME**

Au terme de ses auditions et de ses travaux, il est apparu à la Mission que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'écartait, en matière de droit de communication au public, de l'interprétation généralement retenue des dispositions des textes internationaux. Cet écart a pour conséquence de troubler les juges nationaux chargés de statuer en la matière puisque ces derniers doivent être à la fois respectueux de l'interprétation de la CJUE et soucieux des engagements internationaux des Etats dans lesquels ils sont magistrats. Cette situation a également pour conséquence de déconcerter les différents professionnels des secteurs concernés par le droit de communication au public puisqu'il n'existe plus aucune prévisibilité en la matière. Or la qualité première attendue d'un système juridique est – quel que soit le contenu de la norme concernée – la sécurité.

Certes, il est impossible d'affirmer que l'ensemble de la construction proposée par les juges de Luxembourg s'affranchit, en tous points, des solutions adoptées par les textes internationaux ou les divers Etats de l'Union. Néanmoins, l'analyse conduite dans la partie qui précède fait apparaître indiscutablement que :

- l'exigence, dans de nombreux cas, de la condition de « *public nouveau* » méconnaît les solutions retenues par la Convention de Berne ;
- l'interprétation adoptée par la CJUE à propos de la notion de « *public* » est porteuse d'insécurité par l'imprévisibilité des solutions qu'elle laisse planer ;
- la construction retenue par les juges à propos de la question des hyperliens repose sur des critères inhabituels ou malvenus.

Par voie de conséquence, il semble nécessaire de modifier le texte des directives européennes qui traitent de la question – et notamment de la directive 2001/29 – afin que soit restituée aux notions contenues dans les dispositions pertinentes l'acception qui leur est généralement accordée. C'est dire que l'intervention ne vise pas à transformer les règles qui devraient être normalement applicables au sein de l'Union européenne, mais plus simplement à redonner à ces dernières le sens qu'elles ont (ou ont eu) presque partout ailleurs. Pour cette raison, il paraît utile d'apporter un certain nombre de précisions dans le corpus légal.

On ajoutera que la demande d'intervention est encore justifiée par la nécessité de prévisibilité de la norme et un souci de respect de la séparation des pouvoirs (législatif et judiciaire) et ce, tant par les contempteurs que par les thuriféraires de la construction aujourd'hui retenue par la CJUE.

Ce constat étant réalisé, reste la question de la forme de cette intervention et du vecteur normatif utilisé pour redonner aux dispositions le sens qu'il convient de leur accorder.

**Deux voies** peuvent être envisagées.

La première, explorée à titre prioritaire, repose sur une approche visant à compléter l'article 3 de la directive 2001/29 qui contient la disposition générale relative au droit de communication au public tout en assortissant cette intervention de la création d'une exception nouvelle en matière d'hyperliens (approche dite « globale »).

L'intérêt de cette démarche peut être aisément résumé :

- Il s'agit là de l'intervention qui serait la plus complète et la plus pertinente. Notamment, en ce qu'elle restituerait une cohérence à la notion de droit de communication au public au point de pouvoir considérer qu'il existerait une théorie générale de ce concept.
- Cette voie permettrait de trouver un équilibre voulu par le législateur (et non plus soumis à la seule analyse judiciaire) par un rappel des principes et la mise en place d'une exception nouvelle.
- Elle pourrait d'autant plus être envisagée que la Commission européenne a manifesté le désir de rouvrir la directive 2001/29. La démarche envisagée par les autorités européennes – que les ayants droit perçoivent comme réductrice de la teneur des prérogatives accordées – serait de la sorte regardée comme plus complète et plus équilibrée.
- Quand bien même la proposition de directive « droit d'auteur dans le marché numérique unique », présentée par la Commission le 14 septembre dernier, serait un instrument distinct de la directive 2001/29, il y a lieu de constater que la question du droit de communication au public, à défaut d'être clairement envisagée dans les articles susceptibles de faire évoluer le droit de l'Union, est quand même évoquée dans certaines constructions proposées. Il en est ainsi, notamment, du considérant 38 de la proposition de directive, lequel traite de la question de la responsabilité de certains prestataires techniques par la mise à disposition de certaines œuvres ou objets protégés, ce qui suppose la mise en œuvre du droit de communication au public<sup>76</sup>. C'est dire que ce dernier droit pourrait être envisagé de façon plus générale à l'occasion de cette intervention normative.

Néanmoins, il est apparu que, dans l'hypothèse où une intervention législative plus complète ne serait pas retenue, une autre piste pourrait être suivie afin d'apporter les éclaircissements nécessaires pour redonner au droit de communication au public la portée qui est la sienne dans les textes internationaux et qui était celle retenue par la plupart des Etats.

Pour cette raison, de manière subsidiaire, il a semblé intéressant d'explorer la voie d'autres vecteurs et précisément les textes que la Commission a proposés le 14 septembre dernier.

De ce point de vue, il a paru possible d'apporter, dans certaines des dispositions envisagées, des mentions supplémentaires susceptibles de restituer le sens originel du droit de communication au public. Cette deuxième approche dite « ciblée » pourrait proposer de retoucher les solutions contenues dans :

- la proposition de directive « droit d'auteur dans le marché numérique unique »,
- la proposition de règlement « câble et satellite » du même jour.

Cette voie est cependant moins complète que la précédente. Si elle présente l'intérêt de paraître plus immédiatement ouverte que l'approche dite « globale » puisque les textes à implémenter peuvent trouver une place naturelle dans des textes déjà mis en discussion, elle est moins

<sup>76</sup> Lorsque les prestataires de services de la société de l'information stockent et proposent au public des œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs, allant ainsi au-delà de la simple fourniture d'équipements et de *l'acte de communication au public*, ils sont tenus de conclure des contrats de licence avec les titulaires de droits, à moins de pouvoir bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil.

complète en ce qu'elle ne permet pas de proposer une construction d'ensemble de la question des hyperliens ; elle présente aussi l'inconvénient – en termes de vision cohérente – de recourir à deux textes normatifs, dispersant donc les éléments d'une théorie générale du droit de communication au public. Elle a encore le défaut de l'incertitude en raison de l'opposition de certains professionnels et de certains États membres à cette proposition de Règlement. Elle est donc essentiellement exposée en raison de son pragmatisme, en considération des propositions actuellement faites par la Commission. Pour cette raison elle est, dans l'esprit des membres de la Mission, une solution de repli dans l'hypothèse où les autorités européennes ne manifesteraient pas d'intérêt pour une démarche plus ambitieuse.

L'approche « globale » (I) précèdera donc l'approche « ciblée » (II).

### ***I – Approche « globale »***

#### ***Proposition d'une modification de l'article 3 de la directive 2001/29 relatif au droit de communication au public, assortie du tempérament d'une exception obligatoire***

L'approche dite « globale » vise à restituer son sens à la notion de communication au public, tout en tempérant la portée retrouvée dans un cas : celui de la création de certains hyperliens.

Elle propose donc de compléter l'article 3 de la directive 2001/29 qui est le siège général de la notion en droit européen<sup>77</sup>, ainsi que l'article 5 qui contient une liste limitative d'exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins. Toutefois, si les autorités européennes ne faisaient pas le choix formel de rouvrir la directive 2001/29, il va de soi que la construction proposée pourrait trouver sa place dans le nouvel *instrumentum* proposé par la Commission. La nouvelle construction est présentée comme un tout cohérent venant redonner tout son sens à la notion de communication au public Elle peut être insérée dans n'importe quel texte pour peu qu'il soit simplement renvoyé aux articles 3 et 5 de la directive 2001/29 pour que l'effet recherché soit clairement affiché.

Cela étant posé, la construction normative proposée par la Mission s'articule donc en deux temps.

- Dans un premier temps, il est suggéré de compléter l'article 3 de la directive 2001/29 de dispositions de nature à redonner sa portée au droit de communication publique en conformité avec les textes internationaux (A).
- Dans un deuxième temps, il est recommandé de créer, au sein de l'article 5, une nouvelle exception au droit de communication au public afin d'éviter que nombre d'hyperliens soient assujettis à cette prérogative en raison de la portée retrouvée de ce droit (B).

<sup>77</sup> Il va de soi que ces modifications redonnent également tout leur sens aux dispositions de la directive 2006/115 (qui a codifié et abrogé la directive 92/100, telle que modifiée par la directive 93/98) dans lesquelles la notion apparaît également.



## ***A – Les contours du droit de communication au public***

Comme cela a été précédemment indiqué, il s'agit ici de redonner au droit de communication au public la portée qui devrait être la sienne au regard des textes internationaux (Convention de Berne<sup>78</sup>, Traités de l'OMPI du 20 décembre 1996, Accord de Marrakech de l'OMC) et non d'apporter des solutions nouvelles en la matière.

La démarche adoptée est donc d'insérer certaines précisions dans l'article 3 de la directive 2001/29 (ainsi que dans un considérant nouveau : 24 bis) destinées à lever les prétendues ambiguïtés mises en avant par les juges de Luxembourg pour asseoir leurs interprétations affranchies des textes.

Les prescriptions suggérées se présentent ainsi (les solutions nouvelles sont en italique) :

### **Article 3 - Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés**

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

**2.** Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :

a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;

b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;

c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;

d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

**3.1.** *Constitue un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public tout acte consistant à donner accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé.*

**3.2.** *Cet acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public peut être effectué par une ou plusieurs personnes, simultanément ou successivement, initialement ou par un acte secondaire.*

*Constitue un tel acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public le fait, pour un tiers à un acte initial de communication au public et/ou de mise à la disposition du public d'une œuvre et/ou d'un objet protégé, de donner accès au public à cette œuvre et/ou à cet objet protégé, y compris par le même mode technique que la communication et/ou mise à disposition d'origine. Il est indifférent à cet égard que le public puisse avoir autrement accès à cette œuvre et/ou cet objet protégé.*

<sup>78</sup> V. en matière de droits voisins la Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961), art. 7, 12 et 13.

*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 la disposition du public. Elles sont toutes deux conjointement responsables d'un tel acte unique et indivisible.*

**3.3.** *Le public s'entend des personnes n'appartenant pas au cercle des relations intimes et personnelles de celui qui accomplit l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public.*

**4.** 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.

**Considérant 24 bis** (considérant unique pour tout l'article 3.3)

*Le seul fait de donner accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé constitue un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public relevant du droit visé à l'article 3.1 et/ou à l'article 3.2. Il est indifférent à cet égard que le public exerce ou non cette faculté et que l'œuvre et/ou l'objet protégé fasse ou non l'objet d'une transmission.*

*Il est encore indifférent que cet acte soit accompli à but lucratif ou non.*

*Le tiers qui donne accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé initialement communiqué au public et/ou ou mis à la disposition du public, licitement ou illicitement, accomplit un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public distinct de l'acte initial. A cet égard, il est indifférent que ce tiers utilise le même mode technique de communication ou un mode technique différent de celui utilisé pour l'acte initial. Il est encore indifférent que le public puisse avoir autrement accès à cette œuvre et/ou à cet objet protégé.*

*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, elles sont toutes deux conjointement responsables d'un tel acte, unique et indivisible, de communication au public et/ou de mise à la disposition du public et doivent, par conséquent, obtenir chacune l'autorisation des titulaires de droits pour ce qui concerne leur participation à l'acte en cause.*

*Constitue un public toute personne qui n'appartient pas au cercle des relations intimes et personnelles de celui qui accomplit l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public. Ce cercle se définit comme le cercle de la famille et de l'entourage le plus immédiat.*

*Il n'y a pas lieu de faire une analyse quantitative du public.*

*Le public à prendre en considération peut être réel ou potentiel.*

*Il est en outre indifférent que le public soit en mesure d'avoir accès à l'œuvre et/ou à l'objet protégé en un même lieu ou en des lieux différents et au même moment ou à des moments différents.*

**Commentaire général des dispositions proposées**

**Objectif poursuivi** - La proposition de retoucher l'article 3 de la directive 2001/29 est la plus logique dans la mesure où cette disposition est le siège actuel du droit de communication au

public et est le texte visé par les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Cependant, comme cela a déjà été expliqué, la construction ici proposée pourrait également trouver sa place dans un autre *instrumentum* s'il n'était pas envisagé par les autorités européennes de reprendre la directive 2001/29. Ce qui importe, c'est qu'il soit compris que la construction proposée constitue un ensemble cohérent venant repréciser le sens des solutions originellement mises en place par les organismes internationaux. À cet égard, il convient de rappeler que l'article 3 de la directive 2001/29 est, dans le champ du droit d'auteur, l'exacte transposition de l'article 8 du Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle du 20 décembre 1996. Une analyse des travaux préparatoires de ce dernier texte fait, du reste, apparaître que les Etats membres de l'Union européenne ont beaucoup pesé au moment de la rédaction de cette convention internationale pour imposer la rédaction retenue en définitive. D'où la transcription quasiment sous forme de « copier / coller » des solutions internationales dans la directive européenne. Ce contexte suggère dès lors le décalage qui peut exister entre l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne et les textes communs.

**Construction retenue** - La solution proposée dans le nouvel article 3 :

- insère donc un nouveau paragraphe (3.3) subdivisé en trois points ;
- décale l'ancien paragraphe 3 (non épuisement du droit) en position de paragraphe 4.

L'idée est de cerner plus précisément les contours du droit de communication au public après les deux paragraphes (1 & 2) qui en proclament l'existence.

La **structure** du nouveau paragraphe 3 est la suivante :

- Le point 1 du paragraphe 3 (art. 3.3.1) lève toute ambiguïté quant à la nature d'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public de l'acte qui consiste dans le fait de rendre accessible au public une œuvre ou un objet protégé.
- Chacun des points suivants (art. 3.3.2 et 3.3.3) vient apporter des précisions sur les éléments caractéristiques de ce droit qui suppose pour sa mise en œuvre,
  - o d'une part, l'existence d'un acte relevant de la communication au public (3.2)
  - o et, d'autre part, une destination publique de cet acte (3.3).

Ce qui signifie concrètement que :

- o le point 2 du paragraphe 3 définit donc mieux les contours des actes concernés ;
- o tandis que le point 3 du paragraphe 3 offre une définition de la notion de public.

## **Analyse détaillée des textes proposés**

**I - Le point 1 du paragraphe 3 (3.1)** rappelle que **rendre accessible** une œuvre ou un élément protégé relève du droit de communication au public.

La solution tombe sous le sens si l'on en juge par les travaux préparatoires des textes internationaux. Mais si cela va sans dire, cela va – encore – mieux en le disant au regard des prises de position surprenantes de certaines personnes ou de certains Etats.

Pour cette raison, le considérant 24 bis précise qu'il n'est pas nécessaire pour la mise en œuvre du droit de communication au public que l'acte consistant dans le fait de rendre l'œuvre ou l'élément protégé accessible au public soit effectivement suivi d'un acte de transmission (« *Il est indifférent à cet égard que le public exerce ou non cette faculté et que l'œuvre et/ou l'objet*

*protégé fasse ou non l'objet d'une transmission* »). L'offre d'accès est donc, par elle-même, suffisante.

**2 - Le point 2 du paragraphe 3 (3.2)** vient davantage cerner la **notion d'acte** susceptible d'entrer dans le champ du droit de communication au public. Il est subdivisé en trois alinéas.

Le **premier alinéa** donne une idée de la diversité des actes susceptibles d'être accomplis en énonçant des généralités (« **3.2. Cet acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public peut être effectué par une ou plusieurs personnes, simultanément ou successivement, initialement ou par un acte secondaire** »).

Les **deuxième et troisième alinéas** déclinent la notion à propos de deux séries d'actes particuliers dont il convient – au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne – de rappeler leur soumission au droit de communication au public.

- Le **deuxième alinéa** vise les hypothèses de **communication dite « secondaire »**. Il rappelle la soumission au droit d'auteur et aux droits voisins de pareils actes – comme l'admet la CJUE –, mais sans subordonner l'opposabilité du droit d'auteur à la construction mise en place par les juges de Luxembourg. C'est dire que, dans cette approche :
  - o l'intervention d'un tiers à l'acte de communication initiale suffit à enclencher la mise en œuvre du droit de communication au public,
  - o sans qu'il y ait lieu de s'interroger :
    - sur l'identité ou la différence du mode technique employé,
    - sur la présence ou non d'un public nouveau.
- Le **troisième alinéa** vise à rétablir la portée du droit de communication au public dans l'hypothèse dite « **d'injection directe** ». Tant pour des raisons juridiques qu'économiques.

La construction proposée vise à infléchir l'effet du raisonnement mis en place par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire SBS.

L'analyse préconisée est la suivante :

- o il y a deux actes matériels accomplis par deux personnes/entités distinctes ;
- o ces deux initiatives constituent un seul et même acte juridique de communication au public ;
- o si seul le dernier acte matériel touche effectivement un public, les deux personnes/entités qui ont chacune accompli un acte matériel doivent conjointement répondre de cet acte juridique, c'est-à-dire obtenir une autorisation et verser une rémunération.

Cette solution, on l'a dit, s'impose non seulement pour des raisons juridiques mais aussi pour des raisons économiques. Chacun des intervenants a une source de rémunération pour l'acte qu'il accomplit :

- o la chaîne de télévision qui monétise son audience auprès des annonceurs publicitaires ;
- o le distributeur qui perçoit une rémunération en fonction du nombre de ses abonnés.

**3 - Le point 3 du paragraphe 3 (3.3)** apporte des précisions à propos de la deuxième condition de mise en œuvre du droit de communication : il vient éclairer la notion de **public**.

La nouvelle disposition est concise et se contente, pour définir la notion de public, de recourir à la méthode employée dans la quasi-totalité des Etats membres de l'OMPI ou de l'OMC : l'opposition avec le cercle des intimes ou avec le cercle de famille.

Le point 3 du paragraphe 3 use de l'expression « *cercle des relations intimes et personnelles* » qui est celle la plus partagée et qui est équivalente à la notion de « *cercle de famille* », utilisée dans d'autres Etats (dont la France) et mentionnée dans le guide de l'OMPI.

Ainsi, une œuvre est communiquée au public dès lors qu'elle touche des personnes excédant le cercle des intimes les plus proches, dit encore le cercle de la famille.

Le **considérant 24 bis** rappelle quelques évidences également partagées par la quasi-totalité des Etats membres de l'OMPI ou de l'OMC.

- La notion de public ne saurait être confondue avec celle de clientèle ; par voie de conséquence, le caractère lucratif de l'acte accompli est indifférent à la qualification de l'acte.
- Contrairement à ce qu'impose la Cour de justice de l'Union européenne, il n'y a pas lieu de faire de ce public une approche quantitative (que le comptage soit simultané ou successif).
- De ce point de vue, il y a lieu de considérer :
  - o qu'il n'y a pas de seuil minimal pour que le nombre des personnes touchées constituent un public,
  - o que le public peut n'être que potentiel,
  - o que le public se définit par l'aspect qualitatif décrit précédemment, c'est-à-dire par opposition au cercle des intimes ou de famille ;
- Il n'est pas exigé de rechercher la présence d'un « public nouveau » pour qualifier l'acte accompli.

Ces précisions visent donc à rappeler ce qu'était le contenu du droit positif avant les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et à rétablir la notion de public dans son acception mondialement admise. Ce qui ferait disparaître l'insécurité existante due aussi à l'imprévisibilité des critères retenus par les juges de Luxembourg.

La deuxième intervention préconisée par la mission s'insère dans l'article 5, sur les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins.

### ***B – La création d'une exception visant à soustraire certains hyperliens du droit de communication au public.***

La suppression de l'exigence de « *public nouveau* », posée par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de communication secondaire, peut avoir pour conséquence de soumettre au droit de communication au public nombre d'hyperliens.

Cet effet ne serait pas heureux, que l'on considère que la création de certains liens puisse participer de certains droits fondamentaux venant en conflit avec l'opposabilité du droit de communication au public ou que l'on observe que la présence de liens est nécessaire à la bonne organisation et l'efficacité du Web.

Plutôt que de laisser aux juges nationaux le soin de résoudre ce conflit par la recherche d'un équilibre entre deux droits fondamentaux – liberté d'information, d'une part, les droit d'auteur et droits voisins, d'autre part –, il est apparu opportun de dresser les axes de cet équilibre en posant la règle suivant laquelle les hyperliens échappent au droit d'auteur et aux droits voisins pour peu qu'ils remplissent un certain nombre d'exigences. Ce faisant, l'équilibre recherché est mûrement pensé par le législateur et est « interne » aux droit d'auteur et droits voisins.

Dès lors, la construction proposée prône, par exception au droit exclusif, la liberté de créer certains hyperliens en encadrant cependant cette faculté de conditions destinées à éviter le déploiement d'activités purement parasites ou susceptibles de favoriser les actes de contrefaçon.

La construction proposée est la suivante :

## **Article 5**

### **Exceptions et limitations**

**Article 5.1.b.** *Les actes de communication au public et/ou de mise à la disposition du public sur un service en-ligne par le biais d'hyperliens qui donnent accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé communiqué au public et/ou mis à la disposition du public sur un autre service en-ligne sont exemptés d'autorisation au titre du droit de communication au public et/ou de mise à la disposition du public, prévus à l'article 3, sous réserve :*

- i) *que l'auteur de l'hyperlien ne sache pas ou n'ait pas de raisons valables de penser que le contenu pointé est communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite sur le service en-ligne vers lequel renvoie ce lien,*
- ii) *et que cet œuvre et/ou objet protégé soit accessible sans restriction sur le service en-ligne vers lequel renvoie ce lien,*
- iii) *et que la fourniture d'hyperlien n'ait pas été effectuée dans un but lucratif,*
- iv) *et 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.*

### **Considérant 33 bis**

*Afin d'assurer la liberté de réalisation de certains actes nécessaires au fonctionnement normal de l'Internet et de prendre en considération certains droits fondamentaux, une exception obligatoire – mais conditionnée – est instaurée à propos de la création de certains hyperliens donnant accès à un public à une œuvre et/ou objet protégé.*

*En conséquence, les titulaires de droits ne peuvent s'opposer à la communication au public et/ou à la mise à la disposition du public d'une œuvre et/ou d'un objet protégé par la création d'hyperliens, sous réserve que l'auteur de l'hyperlien ne sache pas ou n'ait pas de raisons valables de supposer que le contenu pointé était communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite et que cette œuvre et/ou cet objet protégé soit librement accessible sur le service en-ligne pointé. Tel n'est pas le cas, notamment, lorsque :*

- *l'accès à l'œuvre et/ou à l'objet protégé est subordonné à un code ou abonnement ou protégé par des mesures techniques,*
- *figure sur ledit service en-ligne la mention que l'œuvre et/ou l'objet protégé qui s'y trouve n'est pas accessible sur un autre service en-ligne, sans l'autorisation des titulaires de droits.*

*Une telle exception ne saurait en tout état de cause s'appliquer lorsque la création d'hyperliens est effectuée dans un but lucratif. Ni lorsque l'hyperlien emprunte une forme qui permet d'afficher ou de diffuser directement l'œuvre ou l'objet protégé sur le service en-ligne à partir duquel il est établi.*

## **Commentaires des dispositions proposées**

Il convient d'observer à ce propos que l'exception suggérée est une exception qui doit revêtir un caractère obligatoire afin de garantir le bénéfice de cette liberté de créer des hyperliens dans tout l'espace de l'Union européenne.

Dès lors, si cette exception nouvelle doit trouver sa place dans l'article 5 de la directive 2001/29, il y a lieu de retoucher cette disposition de la façon suivante :

- L'exception pour copie technique transitoire serait désormais énoncée dans un point 5.1.a. nouvellement créé,
- ce qui implique également de renuméroter les conditions de l'exception, i et ii.
- L'exception nouvelle viendrait dans un b) du point 1 de l'article 5.

*A priori*, le texte proposé ne distingue pas, dans la généralité de l'énonciation première, suivant la nature des hyperliens (simple, profond, transclusion...).

La liberté de lier ne pouvant être totale sous peine d'entraîner la disparition du droit d'auteur par une espèce d'épuisement dès le premier usage, la disposition nouvelle pose un certain nombre d'exigences qui dessinent les contours de l'exception en y apportant des limites. Opérant comme une exception à l'exception, ces exigences réalisent un retour au principe de l'opposabilité du droit d'auteur et des droits voisins.

Ces exigences qui conditionnent le bénéfice de l'exception de liberté de lier sont cumulatives. C'est dire qu'il suffit que l'une d'entre elles ne soit pas remplie pour que la création de l'hyperlien soit assujettie au droit d'auteur ou aux droits voisins.

Les limites qui opèrent un retour de l'opposabilité des droits d'auteur et droits voisins sont les suivantes :

- i) - Le créateur de l'hyperlien ne doit pas savoir ou avoir des raisons de penser que l'œuvre ou le contenu protégé est communiqué ou mis à la disposition du public de manière illicite sur le site visé.
  - o La formule est reprise de l'article 6 §1 de la directive 2001/29, au sujet du contournement des mesures techniques de protection.
  - o La construction retenue par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *GS Média* n'est pas reprise en tant que telle, mais la solution réalise un équilibre entre droits et intérêts et préserve la liberté de lier pour l'utilisateur :

elle est en effet moins brutale que l'exigence de la licéité de la communication au public ou de la mise à la disposition du public sur le site pointé.

- ii) - L'œuvre ou l'élément protégé pointés par le lien devaient être librement accessibles sur le site visé.
  - o La construction proposée par la mission reprend ici la solution retenue par la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Svensson* et *Bestwater*.
  - o Le site pointé ne sera pas réputé librement accessible dès lors qu'il n'était consultable que de manière conditionnée : sur la base d'un abonnement ou d'un code d'accès ou bien si les œuvres ou éléments pointés étaient protégés par des mesures techniques de protection qui seraient ainsi contournées ou bien encore en présence de conditions générales d'utilisation restreignant la liberté accordée à l'internaute.
  
- iii) - Le créateur de l'hyperlien ne doit pas poursuivre de but lucratif.
  - o Le but lucratif ne doit pas nécessairement s'entendre de la perception d'un prix pour l'utilisation du lien.
  - o Il peut, par exemple, y avoir recherche d'un but lucratif dès lors que le site ou le service en-ligne qui propose le lien perçoit des recettes publicitaires.
  - o La réutilisation de données personnelles recueillies par le service en-ligne qui propose l'hyperlien peut être regardée comme la poursuite d'un but lucratif.
  
- iv) - S'il ne faut pas distinguer entre les hyperliens en fonction de la nature, il y a lieu cependant de soustraire du bénéfice de l'exception les hyperliens qui – par leur effet – donnent l'impression à l'internaute utilisateur de consulter l'œuvre sur le site proposant le lien.
  - o L'hypothèse visée peut rappeler le cas d'hyperliens reposant sur la technique de la transclusion.
  - o Toutefois, le texte proposé ne s'attache pas à la technique utilisée mais à l'effet obtenu dans l'esprit de l'internaute utilisateur. Le but de cette rédaction est d'éviter que le texte proposé ne soit trop ancré dans une réalité technique susceptible d'être dépassée.

Il convient d'observer :

- Qu'aucune des conditions imposées pour le bénéfice de l'exception ne crée d'imprévisibilité pour le poseur de liens.
  - o Les conditions iii & iv sont totalement sous la dépendance de la volonté du créateur de liens ;
  - o Les conditions i & ii sont totalement maîtrisables par lui. C'est la raison pour laquelle la proposition ne reprend pas la formule un moment envisagée excluant le bénéfice de l'exception dès lors que le lien créé pointait vers un contenu illicite et y ajoute un élément de connaissance.
  
- Que l'exception obligatoire qui serait ainsi créée n'est assortie d'aucun système de compensation. Il y a lieu en effet de considérer que les exigences posées par le texte – qui créent ainsi des exceptions à l'exception et opèrent un retour au principe, c'est-à-dire l'opposabilité du droit de communication au public – limitent considérablement les risques de pertes économiques que la multiplication d'hyperliens serait susceptible



d'occasionner. On ajoutera que le test en trois étapes est également de nature à limiter les risques de préjudice en la matière.

## ***II – Approche « ciblée »***

### ***Dispositions inscrites dans les propositions de textes européens***

En marge de l'approche globale – qui a les faveurs des membres de la mission pour sa capacité à vouloir remédier, de façon cohérente et complète, aux problèmes dus à la construction jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne –, s'est développée l'idée d'une approche moins ambitieuse, car moins complète, mais peut-être plus réaliste en ce que dotée d'un certain pragmatisme. C'est cette démarche qui est ici expliquée sous la dénomination approche « ciblée ».

L'intitulé retenu permet de comprendre l'approche envisagée. Il ne s'agit plus de réunir en un seul bloc l'ensemble des modifications destinées à restituer aux textes européens leur portée originelle mais, plus modestement, de tenter de faire passer certaines des solutions exposées dans l'approche globale dans des propositions de textes déjà rendues publiques par la Commission européenne le 14 septembre dernier. L'idée serait donc de profiter des vecteurs déjà envisagés pour – en y apportant quelques modifications et précisions – remédier à certaines des dérives de la CJUE.

L'approche est dite « ciblée » par son souci de rattachement aux propositions de textes déjà existantes ; les modifications proposées sont réparties dans divers textes au lieu d'être réunies dans un ensemble. Il s'agit ainsi :

- de compléter la proposition de Directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique (ci-après, la « Proposition de Directive ») (**A**)
- ainsi que la proposition de Règlement établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio (ci-après, la « Proposition de Règlement ») (**B**).

Cette démarche est, on l'a dit, structurée et donc limitée par le cadre défini le 14 septembre dernier par la Commission européenne en ce qu'elle s'articule avec les mesures que la Commission est prête à envisager.

*NB : Par souci de lisibilité ne seront reproduites, ici, que les seules propositions de modification ayant un lien direct avec les questions soulevées dans le rapport : notion de « public » et responsabilité conjointe des acteurs d'une injection directe.*

*Seront cependant évoqués les thèmes plus généraux qui permettent une mise en cohérence (« contexte »).*

*L'ensemble des modifications proposées est consultable en annexe 4.*

## ***A – Insertion de précisions nouvelles dans la Proposition de Directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique***

Les modifications qu’il est proposé d’apporter à la Proposition de Directive tiennent, notamment dans un souci de clarification et de sécurité juridique, à la nécessité de préciser la portée de certaines de ses dispositions.

### ***Considérant 33 – Hyperliens***

Au considérant 33, la dernière phrase n’était pas exempte d’ambiguïté et pouvait s’interpréter comme refusant la qualification de communication au public et/ou de mise à la disposition du public à la création d’hyperliens, quels qu’ils soient et quelles qu’en soient les caractéristiques ou les conditions de création.

Or cette phrase vise simplement, en toute logique, à énoncer que la protection conférée aux publications de presse ne va pas au-delà de celle conférée par l’article 3 de la Directive 2001/29/CE sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information du 22 mai 2001 (ci-après, la « Directive Société de l’information ») : lorsque la création d’un hyperlien ne constitue pas un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public au sens de l’article 3 de la Directive Société de l’information, la création d’hyperliens vers des publications de presse ne saurait être protégée au regard du nouveau droit que crée la Proposition de Directive au profit des éditeurs de ces publications.

Il aurait pu être envisagé de retoucher davantage le considérant afin de tenter de lui faire exprimer les solutions proposées dans l’approche globale (*supra*, not. I, B), mais la démarche a paru difficile – pour ne pas dire impossible – à réaliser pour deux séries de raisons :

- Le « point d’accroche » (un simple considérant) dans le texte proposé par la Commission ne permettait pas l’exposé de la solution énoncée dans l’approche globale en des principes et une exception obligatoire nécessitant l’édiction de deux articles.
- L’occasion aurait été mal venue car la solution n’aurait concerné que les seuls droits voisins nouvellement créés et non pas toute la propriété littéraire et artistique, c’est-à-dire les droits d’auteur et l’ensemble des droits voisins.

### ***Considérant 38***

Ce considérant a fait l’objet d’une attention particulière et certaines modifications sont proposées :

- les unes sont purement formelles et visent à une meilleure lecture et une meilleure compréhension,
- les autres reprennent l’idée – exprimée dans l’approche globale – de redonner à la notion de « public » le sens qui était le sien avant la mise en place par la CJUE de ses *distinguos* complexes et malvenus.

**Erreur de traduction** - S'agissant du considérant 38, il est tout d'abord nécessaire, au premier alinéa, de rectifier des erreurs de traduction et de viser le droit de reproduction mécanique nécessairement mis en jeu dans toute exploitation en ligne consistant à stocker et à proposer des œuvres et/ou objets protégés au public.

**Rôle actif** - Le deuxième alinéa de ce considérant 38, quant à lui, pouvait être interprété comme nécessitant une appréciation du rôle actif du prestataire de services œuvre par œuvre ou objet par objet, ce qui serait injustifié, voire absurde. Afin d'éviter toute discussion ultérieure, il est suggéré d'utiliser une terminologie qui vise l'activité globale du prestataire de services.

**Ventilation** - Par ailleurs, ce considérant 38 traitait de diverses problématiques sans lien nécessaire entre elles. Il a donc paru préférable, dans un souci de clarté et de lisibilité, de bien les distinguer sans les modifier, en les séparant structurellement par la création d'un nouveau considérant (38bis).

### ***Considérant nouveau 39 bis***

Plusieurs dispositions de la Proposition de Directive, font référence aux actes de communication au public et/ou de mise à la disposition du public.

La Proposition de Directive offre donc l'opportunité de préciser le sens qu'il convient de donner à cette notion, en revenant aux principes fondateurs tels qu'ils ressortent du guide de l'OMPI de 2003.

A cette fin un nouveau considérant à la fin des développements sur le droit d'auteur et les droits voisins paraissait le plus approprié dans la mesure où l'article 3 de la Directive Société de l'information était mentionné à diverses reprises dans le texte. Tel est l'objet du nouveau considérant (39bis) qu'il est suggéré d'introduire dans la Proposition de Directive.

*(39bis) Il convient de rappeler que, tant de manière générale qu'au vu des références faites à l'article 3 de la directive 2001/29/CE dans la présente directive, une œuvre et/ou un objet protégé est communiqué au public et/ou mis à la disposition du public lorsqu'une personne physique ou morale en donne accès à des personnes étrangères au cercle de ses relations intimes et personnelles, qui se définit comme le cercle normal de sa famille ou de son entourage le plus immédiat. Il est indifférent à cet égard que ces dernières soient en mesure d'avoir accès aux œuvres et/ou objets protégés en un même lieu ou en des lieux différents et au même moment ou à des moments différents.*

### ***Art. 10 de la Proposition de Directive***

**Gestion collective** - Enfin, dans la mesure où la Directive 2014/26/UE concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur du 26

février 2014 (ci-après, la « Directive sur la gestion collective ») prévoit des règles relatives aux négociations et des mécanismes de règlement de conflits entre organismes de gestion collective et utilisateurs, il serait illogique d'assujettir les organismes de gestion collective soumis aux règles de cette Directive sur la gestion collective à l'article 10 de la Proposition de Directive.

***B - Insertion de précisions nouvelles dans la Proposition de Règlement établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio***

**Contexte** - La Directive 93/83/CEE relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble du 27 septembre 1993 (ci-après, la « Directive Câble et Satellite ») a instauré un mécanisme de gestion collective obligatoire au profit des câblo-opérateurs secondaires afin de pallier la difficulté que ces derniers rencontraient pour connaître l'identité de la totalité des ayants droit dont les œuvres et/ou objets protégés étaient inclus dans les programmes communiqués au public par le radiodiffuseur primaire, dont ils opéraient la retransmission à titre secondaire, qu'ils ne contrôlaient donc pas et qu'ils ne pouvaient modifier.

La Directive Câble et Satellite ne traite que des difficultés rencontrées par ces prestataires de services de retransmission par câble.

Dans un souci de neutralité technologique, la Proposition de Règlement étend la solution trouvée pour les câblo-opérateurs aux prestataires de services de retransmission offerts par satellite, par numérique hertzien ou sur réseaux IP en circuit fermé, mobiles et similaires, soit les prestataires de services accomplissant un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public secondaire par rapport à la communication au public initiale opérée par le radiodiffuseur.

***Prestataires de services et gestion collective obligatoire*** - En définissant ainsi les prestataires de services pouvant bénéficier de ce régime de gestion collective obligatoire, la Commission européenne oublie toutefois une catégorie de prestataires de services : celle des opérateurs de bouquets qui n'effectuent pas un acte secondaire de communication au public et/ou de mise à la disposition du public d'un programme initialement communiqué au public par un radiodiffuseur mais qui participent ensemble avec le radiodiffuseur à un acte unique et indivisible de communication au public et/ou de la mise à la disposition du public dans le cadre d'une injection directe.

Ces opérateurs sont en effet dans la même situation que les prestataires de services de retransmission en ce qu'ils n'exercent aucun contrôle sur les programmes qu'ils reçoivent de radiodiffuseurs et rencontrent des difficultés identiques pour connaître et contacter les ayants droit dont les œuvres et/ou objets protégés sont inclus dans ces programmes.

Dans ces conditions, l'extension du régime de la gestion collective obligatoire à ces opérateurs s'impose.

Toutefois une telle extension de ce régime, lequel ne s'applique pas aux droits détenus par les organismes de radiodiffusion dans le cadre des retransmissions secondaires dans la mesure où, du fait des relations commerciales existant entre les organismes de radiodiffusion et les prestataires de services de retransmission, l'acquisition de ces droits par ces derniers ne rencontre pas d'obstacle réel, ne saurait, pour les mêmes raisons, s'appliquer aux droits des organismes de radiodiffusion dans le cadre des injections directes.

***Injection directe*** - Tel est l'objet du premier alinéa du considérant (14bis) et de la première phrase de l'article 3bis, qui viennent logiquement s'insérer après les développements consacrés à la retransmission secondaire, l'article 1(c) définissant l'« injection directe », devenue notion clef de la Proposition de Règlement au même titre que la « retransmission » secondaire et le « service en ligne accessoire ». La rédaction proposée appréhende tous les modes techniques de diffusion qui sont les mêmes qu'en cas de retransmission secondaire.

### ***Article premier*** ***Définitions***

*Aux fins du présent règlement, on entend par :*

(...)

*c) « injection directe » un processus en deux étapes dans le cadre duquel les organismes de radiodiffusion transmettent leurs signaux porteurs de programmes à des prestataires de services pour réception par le public, la transmission s'effectuant par une ligne de point à point privée – par fil ou sans fil, y compris par satellite - de telle sorte que les signaux porteurs de programmes ne puissent pas être captés par le grand public durant cette transmission. Les prestataires de services, quant à eux, offrent ces programmes au public simultanément, dans une version inchangée et intégrale, afin que celui-ci les regarde ou les écoute, sur les réseaux câblés ou par système de diffusion par ondes ultracourtes, sur les réseaux numériques hertziens, sur les réseaux IP en circuit fermé ou sur les réseaux mobiles et réseaux similaires.*

S'agissant de ces organismes de radiodiffusion, la Proposition de Règlement offre par ailleurs une opportunité de clarifier la responsabilité qui est la leur dans le cadre des injections directes, qu'elles soient ou non transfrontières.

***Responsabilité conjointe des acteurs de l'injection directe*** - Dans une telle situation, ces organismes prennent l'initiative de diffuser, moyennant rémunération, des programmes de radio ou de télévision dont la communication au public et/ou la mise à la disposition du public ne peut avoir lieu sans leur intervention. Ils agissent ainsi en pleine connaissance de leur comportement et jouent un rôle indispensable et incontournable dans cette communication au public et/ou mise à la disposition du public. Il est, par conséquent, normal qu'ils soient conjointement responsables de cet acte avec les opérateurs de bouquets et qu'ils doivent obtenir une autorisation des ayants droit concernés.

A cet égard, il convient de se rappeler la position prise par le Comité d'experts gouvernementaux convoqué par le Directeur général de l'OMPI et le Directeur général de

l'UNESCO, dans les années 1980, afin d'étudier les nouvelles utilisations, notamment la télévision par câble et la radiodiffusion directe par satellite, ayant une incidence sur les intérêts des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins. Ce Comité a en effet considéré que la transmission par satellite d'un programme à un câblo-opérateur et la diffusion par ce dernier dudit programme constituait un acte de communication au public unique, dont le radiodiffuseur et le distributeur sont conjointement responsables, ce qui implique nécessairement que chacun d'entre eux est tenu, au titre des actes accomplis par lui pour les besoins de la communication au public, d'obtenir une autorisation des titulaires de droits.

Cette responsabilité conjointe d'un radiodiffuseur et d'un opérateur de bouquet satellitaire au titre d'un seul et même acte de communication au public a été également clairement reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Airfield* du 13 octobre 2011 dans la situation où ledit radiodiffuseur transmet à ce distributeur ses programmes pour permettre à ce dernier de les rendre accessibles à ses abonnés.

Le second alinéa du considérant (14bis) et la seconde phrase de l'article 3bis visent à apporter cette clarification, rendue nécessaire par l'arrêt *SBS* de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 novembre 2015, qui méconnaît le rôle joué par le radiodiffuseur, ne tient pas compte des principes dégagés au niveau de l'OMPI et de l'UNESCO et est en contradiction avec la solution adoptée par l'arrêt *Airfield*.

#### **Article 3bis**

##### ***Exercice par les titulaires de droits autres que les organismes de radiodiffusion, des droits dans le cadre d'une injection directe***

*L'article 3 s'applique aux prestataires de services qui, dans le cadre d'une injection directe, transmettent les programmes des organismes de radiodiffusion, en provenance d'un autre Etat membre, au public afin que celui-ci les écoute ou les regarde. Il ne s'applique cependant pas à ces organismes de radiodiffusion. Ces organismes de radiodiffusion devront, comme les prestataires de services avec lesquels ils sont conjointement responsables, obtenir une autorisation auprès des titulaires de droits concernés pour les actes uniques et indivisibles de communication au public et de mise à la disposition du public, tels que définis à l'article 3 de la Directive 2001/29/CE, qu'ils accomplissent.*

**Gestion collective** - La dernière modification apportée à la Proposition de Règlement, dans son article 3(3), tient, quant à elle, à la préoccupation d'éviter qu'un ayant droit ne se voie imposer par un Etat membre l'organisme de gestion collective amené à gérer ses droits dans le cadre d'une gestion collective obligatoire lorsqu'en présence de plusieurs organismes de gestion collective, il n'a pas lui-même opéré son choix. Un ayant droit devrait toujours pouvoir choisir son organisme de gestion collective même dans le cadre d'une gestion collective obligatoire, ainsi d'ailleurs qu'en dispose le considérant 19 de la Directive sur la gestion collective. La Directive Câble et Satellite ne contient d'ailleurs pas de disposition identique à celle qu'il est proposé de supprimer.

**Rapport**  
**Mission « Droit de communication au public »**

*Annexes*

1. Lettre de mission
2. Textes sur le droit de communication au public
3. Modifications : approche « globale »
4. Modifications : approche « ciblée »
5. Tableau de synthèse de la jurisprudence de la CJUE
6. Analyse détaillée des arrêts de la CJUE
7. Analyse de Mme Brunessen Bertand, professeur à l'Université Rennes 1, sur l'articulation des normes internationales et européennes
8. Liste des personnes auditionnées et des participants aux réunions plénières



## Annexe 1 : lettre de mission



Paris, le 5 FEV. 2016

Professeur Pierre Sirinelli  
Maître Josée-Anne Benazeraf  
Madame Alexandra Bensamoun

Monsieur, Maître et Madame, *cher Pierre, chère Josi Ana, chère Alexandra*

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique s'est montré très actif ces deux dernières années pour conseiller le ministre de la culture et de la communication dans le cadre de la réforme du cadre européen du droit d'auteur initiée par la Commission européenne.

Le rapport que vous m'avez remis le 3 novembre dernier sur l'articulation des directives 2000/31 « commerce électronique » et 2001/29 « Société de l'information » a constitué une nouvelle étape importante dans la construction de la position des autorités françaises pour les travaux européens à venir.

Votre proposition, consistant à faire appliquer le droit d'auteur aux auteurs qui ne se contentent pas d'héberger des contenus protégés mais d'y donner véritablement accès au public, a permis d'approfondir une des pistes lancées par le précédent rapport du CSPLA, de décembre 2014, sur la révision de la directive 2001/29.

Ce dernier avait avancé, parallèlement à la démarche visant à replacer le droit d'auteur dans la régulation plus large des opérateurs intervenant dans le marché unique numérique, une seconde piste de réflexion, à savoir les définitions des droits exclusifs eux-mêmes, tout particulièrement le droit de communication au public, qui n'apparaît plus forcément adapté à l'univers numérique.

La Cour de justice de l'Union européenne a en effet été saisie à de maintes reprises, ces dernières années, par les juridictions nationales sur la portée de ce droit sur le Web, notamment s'agissant des liens hypertextes, et ses décisions n'ont pas permis de lever à droit constant toutes les interrogations.

Dans sa communication du 9 décembre dernier « Towards a modern, more European copyright framework », la Commission européenne a souligné qu'elle entendait se saisir de la question. Elle indique dans son point 4 qu'elle conduit actuellement des réflexions sur les différents facteurs entourant au partage de la valeur créée par les nouvelles formes de distribution de contenus protégés entre les différents acteurs du marché. Elle précise que dans ce contexte, elle examinera s'il convient d'intervenir sur la définition des droits de « communication au public » et de « mise à

Conseil supérieur  
de la propriété  
littéraire et artistique

132, rue Saint-Hippolyte  
75003 Paris Cedex 03  
France

Téléphone : 01 40 11 82 15  
Télécopie : 01 40 11 88 46

[cspla@culture.gouv.fr](mailto:cspla@culture.gouv.fr)

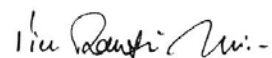
[www.culture.gouv.fr/cspla](http://www.culture.gouv.fr/cspla)  
[www.culture.gouv.fr/cspla](http://www.culture.gouv.fr/cspla)  
[www.culture.gouv.fr/cspla](http://www.culture.gouv.fr/cspla)  
[www.culture.gouv.fr/cspla](http://www.culture.gouv.fr/cspla)

disposition ». Elle évaluera également si une action spécifique sur les agrégateurs d'informations est requise, y compris à travers une intervention sur les droits.

Dans la continuité de votre précédente étude, je souhaite donc vous confier une nouvelle mission sur la définition du droit de communication au public. Vous examinerez quels problèmes le libellé de ce droit pose aujourd'hui, eu égard à son périmètre et à sa capacité d'appréhender ou non de nouvelles activités qui se sont développées depuis l'adoption de la directive 2001/29. Vous évaluerez ensuite, à la fois en droit et en opportunité, quelles évolutions de la rédaction permettraient de faire le départ entre ce qui relève d'un acte d'exploitation et ce qui devrait en être exclu. Enfin, vous esquissez une proposition de rédaction qui puisse être portée au niveau européen par la France.

Compte tenu de l'échéance de l'automne que s'est fixée la Commission européenne, je souhaiterais que vous puissiez faire état de vos préconisations, sous forme d'une note de propositions assortie de propositions de rédactions d'ici le mois de juillet 2016.

Je vous remercie d'avoir accepté de mener ce nouveau travail, vital pour faire porter de nouvelles propositions françaises au niveau européen, et vous prie de croire, Monsieur, Maître et Madame, à l'expression de mes sentiments les meilleurs *à vos collègues*.



Pierre-François Racine

Ministre de la culture et de la communication  
Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique  
(CSPLA)  
182 rue Saint-Honoré  
75033 Paris Cedex 01

## **Annexe 2 : textes sur le droit de communication au public (extraits)**

### **Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information**

(2) Le Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 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. (...) Le droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle important dans ce contexte, car ils protègent et stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif.

(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 (...).

(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. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété.

(10) Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail. L'investissement nécessaire pour créer des produits, tels que des phonogrammes, des films ou des produits multimédias, et des services tels que les services à la demande, est considérable. Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement.

(15) La Conférence diplomatique qui s'est tenue en décembre 1996, sous les auspices de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), a abouti à l'adoption de deux nouveaux traités, à savoir le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, qui portent respectivement sur la protection des auteurs et sur celle des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. Ces traités constituent une mise à jour importante de la protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en ce qui concerne ce que l'on appelle "l'agenda numérique", et améliorent les moyens de lutte contre la piraterie à l'échelle planétaire. (...) La présente directive vise aussi à mettre en œuvre certaines de ces nouvelles obligations internationales.

(20) La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE, 92/100/CEE, 93/83/CEE, 93/98/CEE et 96/9/CE. Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement.

(22) Une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées.

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

(24) Le droit de mettre à la disposition du public des objets protégés qui est visé à l'article 3, paragraphe 2, doit s'entendre comme couvrant tous les actes de mise à la disposition du public qui n'est pas présent à l'endroit où l'acte de mise à disposition a son origine et comme ne couvrant aucun autre acte.

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

(27) La simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive.

### **Article 3**

#### **Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés**

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

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :

a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;

b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;

c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;

d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

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.

**Directive 2006/115 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**

(7) Il convient de rapprocher les législations des États membres dans le respect des conventions internationales sur lesquelles sont fondées les législations relatives au droit d'auteur et aux droits voisins de nombreux États membres.

(12) Il est nécessaire d'introduire un régime qui assure une rémunération équitable, à laquelle il ne peut être renoncé, aux auteurs et aux artistes interprètes ou exécutants, qui doivent conserver la possibilité de confier la gestion de ce droit à des sociétés de gestion collective qui les représentent.

(13) Cette rémunération équitable peut être acquittée sur la base d'un ou de plusieurs paiements à tout moment, lors de la conclusion du contrat ou ultérieurement. Elle devrait tenir compte de l'importance de la contribution apportée au phonogramme et au film par les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants concernés.

(16) Les États membres devraient pouvoir prévoir, pour les titulaires de droits voisins du droit d'auteur, des dispositions plus protectrices que celles qui sont prévues par la présente directive en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public.

## **Article 8**

### **Radiodiffusion et communication au public**

1. Les États membres prévoient pour les artistes interprètes ou exécutants le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques et la communication au public de leurs exécutions, sauf lorsque l'exécution est elle-même déjà une exécution radiodiffusée ou faite à partir d'une fixation.

2. Les États membres prévoient un droit pour assurer qu'une rémunération équitable et unique est versée par l'utilisateur lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé pour une radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques ou pour une communication quelconque au public, et pour assurer que cette rémunération est partagée entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes concernés. Ils peuvent, faute d'accord entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, déterminer les conditions de la répartition entre eux de cette rémunération. 3. Les États membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques, ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée.

## **Convention de Berne, 1886**

### **Article 11**

- 1) Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser : (...)
- ii) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.

### **Article 11 bis**

- 1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :
  - i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images ;
  - ii) 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 ;
  - iii) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

### **Article 11ter**

- 1) Les auteurs d'œuvres littéraires jouissent du droit exclusif d'autoriser : (...)
- ii) la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres.

### **Article 14**

- 1) Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser :
  - i) l'adaptation et la reproduction cinématographiques de ces œuvres et la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduites ;
  - ii) la représentation et l'exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites.

### **Article 14 bis**

- 1) Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale. Le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que l'auteur d'une œuvre originale, y compris les droits visés à l'article précédent.

## **Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)**

### **Article 8 - Droit de communication au public**

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)ii), 11bis.1)i) et ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser 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 de manière individualisée.

### **Déclaration commune concernant l'article 8 :**

Il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne. Il est entendu en outre que rien, dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11*bis*.2).

## **Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)**

### **Article 2 - Définitions**

Aux fins du présent traité, on entend par : (...)

g) « communication au public » d'une interprétation ou exécution ou d'un phonogramme la transmission au public, par tout moyen autre que la radiodiffusion, des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou des sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme. Aux fins de l'article 15, le terme « communication au public » comprend aussi le fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme.

### **Article 10 - Droit de mettre à disposition des interprétations ou exécutions fixées**

Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

## **Article 14 - Droit de mettre à disposition des phonogrammes**

Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

## **Article 15 - Droit à rémunération au titre de la radiodiffusion et de la communication au public**

1) Les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes ont droit à une rémunération équitable et unique lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public.

2) Les Parties contractantes peuvent prévoir dans leur législation nationale que la rémunération équitable unique doit être réclamée à l'utilisateur par l'artiste interprète ou exécutant ou par le producteur du phonogramme, ou par les deux. Les Parties contractantes peuvent adopter des dispositions législatives fixant les conditions de répartition de la rémunération équitable unique entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes faute d'accord entre les intéressés.

3) Toute Partie contractante peut déclarer, dans une notification déposée auprès du directeur général de l'OMPI, qu'elle n'appliquera les dispositions de l'alinéa 1) qu'à l'égard de certaines utilisations, ou qu'elle en limitera l'application de toute autre manière, ou encore qu'elle n'appliquera aucune de ces dispositions.

4) Aux fins du présent article, les phonogrammes mis à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce.

NB : pas de déclaration commune à propos de ces textes.



### **Annexe 3 : modifications de l'approche « globale »**

#### **Article 3 - Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés**

(...)

**3.1.** *Constitue un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public tout acte consistant à donner accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé.*

**3.2.** *Cet acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public peut être effectué par une ou plusieurs personnes, simultanément ou successivement, initialement ou par un acte secondaire.*

*Constitue un tel acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public le fait, pour un tiers à un acte initial de communication au public et/ou de mise à la disposition du public d'une œuvre et/ou d'un objet protégé, de donner accès au public à cette œuvre et/ou à cet objet protégé, y compris par le même mode technique que la communication et/ou mise à disposition d'origine. Il est indifférent à cet égard que le public puisse avoir autrement accès à cette œuvre et/ou cet objet protégé.*

*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 la disposition du public. Elles sont toutes deux conjointement responsables d'un tel acte unique et indivisible.*

**3.3.** *Le public s'entend des personnes n'appartenant pas au cercle des relations intimes et personnelles de celui qui accomplit l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public.*

#### **Considérant 24 bis** (considérant unique pour tout l'article 3.3)

*Le seul fait de donner accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé constitue un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public relevant du droit visé à l'article 3.1 et/ou à l'article 3.2. Il est indifférent à cet égard que le public exerce ou non cette faculté et que l'œuvre et/ou l'objet protégé fasse ou non l'objet d'une transmission.*

*Il est encore indifférent que cet acte soit accompli à but lucratif ou non.*

*Le tiers qui donne accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé initialement communiqué au public et/ou ou mis à la disposition du public, licitement ou illicitement, accomplit un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public distinct de l'acte initial. A cet égard, il est indifférent que ce tiers utilise le même mode technique de communication ou un mode technique différent de celui utilisé pour l'acte initial. Il est encore indifférent que le public puisse avoir autrement accès à cette œuvre et/ou à cet objet protégé.*

*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, elles sont toutes*

*deux conjointement responsables d'un tel acte, unique et indivisible, de communication au public et/ou de mise à la disposition du public et doivent, par conséquent, obtenir chacune l'autorisation des titulaires de droits pour ce qui concerne leur participation à l'acte en cause.*

*Constitue un public toute personne qui n'appartient pas au cercle des relations intimes et personnelles de celui qui accomplit l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public. Ce cercle se définit comme le cercle de la famille et de l'entourage le plus immédiat.*

*Il n'y a pas lieu de faire une analyse quantitative du public.*

*Le public à prendre en considération peut être réel ou potentiel.*

*Il est en outre indifférent que le public soit en mesure d'avoir accès à l'œuvre et/ou à l'objet protégé en un même lieu ou en des lieux différents et au même moment ou à des moments différents.*

## **Article 5**

### **Exceptions et limitations**

(...)

**Article 5.1.b.** *Les actes de communication au public et/ou de mise à la disposition du public sur un service en-ligne par le biais d'hyperliens qui donnent accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé communiqué au public et/ou mis à la disposition du public sur un autre service en-ligne sont exemptés d'autorisation au titre du droit de communication au public et/ou de mise à la disposition du public, prévus à l'article 3, sous réserve :*

- *i) que l'auteur de l'hyperlien ne sache pas ou n'ait pas de raisons valables de penser que le contenu pointé et communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite sur le service en-ligne vers lequel renvoie ce lien,*
- *ii) et que cet œuvre et/ou objet protégé soit accessible sans restriction sur le service en-ligne vers lequel renvoie ce lien,*
- *iii) et que la fourniture d'hyperlien n'ait pas été effectuée dans un but lucratif,*
- *iv) et 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.*

### **Considérant 33 bis**

*Afin d'assurer la liberté de réalisation de certains actes nécessaires au fonctionnement normal de l'Internet et de prendre en considération certains droits fondamentaux, une exception obligatoire – mais conditionnée – est instaurée à propos de la création de certains hyperliens donnant accès à un public à une œuvre et/ou objet protégé.*

*En conséquence, les titulaires de droits ne peuvent s'opposer à la communication au public et/ou à la mise à la disposition du public d'une œuvre et/ou d'un objet protégé par la création d'hyperliens, sous réserve que l'auteur de l'hyperlien ne sache pas ou n'ait pas de raisons valables de supposer que le contenu pointé était communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite et que cette œuvre et/ou cet objet protégé soit librement accessible*

*(c'est-à-dire sans restriction) sur le service en-ligne pointé. Tel n'est pas le cas, notamment, lorsque :*

- *l'accès à l'œuvre et/ou à l'objet protégé est subordonné à un code ou abonnement ou protégé par des mesures techniques,*
- *figure sur ledit service en-ligne la mention que l'œuvre et/ou l'objet protégé qui s'y trouve n'est pas accessible sur un autre service en-ligne, sans l'autorisation des titulaires de droits.*

*Une telle exception ne saurait en tout état de cause s'appliquer lorsque la création d'hyperliens est effectuée dans un but lucratif. Ni lorsque l'hyperlien emprunte une forme qui permet d'afficher ou de diffuser directement l'œuvre ou l'objet protégé sur le service en-ligne à partir duquel il est établi.*

## **Annexe 4 : modifications de l'approche « ciblée »**

(modifications s'insérant dans deux propositions de textes de la Commission européenne)



Bruxelles, le 14.9.2016  
COM(2016) 593 final

2016/0280 (COD)

Proposition de

**DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

{SWD(2016) 301 final}

{SWD(2016) 302 final}

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### 1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

#### • Motivation et objectifs de la proposition

L'évolution des technologies numériques a transformé la façon dont les œuvres et d'autres objets protégés sont créés, produits, diffusés et exploités. De nouvelles utilisations sont apparues, de même que de nouveaux acteurs et de nouveaux modèles économiques. Dans l'environnement numérique, les utilisations transfrontières se sont également accrues et les consommateurs se voient offrir de nouvelles possibilités d'accéder à des contenus protégés par le droit d'auteur. S'il demeure satisfaisant en ce qui concerne ses objectifs et ses principes, le cadre européen en matière de droits d'auteur doit être adapté à ces nouvelles réalités. Une intervention au niveau de l'Union européenne est également nécessaire pour éviter la fragmentation du marché intérieur. Dans ce contexte, la stratégie pour le marché unique numérique<sup>1</sup>, adoptée en mai 2015, a souligné la nécessité «de gommer les différences entre les régimes nationaux en matière de droit d'auteur et de permettre aux utilisateurs de toute l'UE de bénéficier d'un accès en ligne aux œuvres élargi». Cette communication soulignait l'importance d'améliorer l'accès transfrontière aux services de contenus protégés par le droit d'auteur, de faciliter de nouvelles utilisations dans les domaines de la recherche et de l'éducation et de clarifier le rôle des services en ligne dans la distribution d'œuvres et d'autres objets. En décembre 2015, la Commission a publié une communication intitulée «Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur»<sup>2</sup>, qui présentait des actions ciblées et une vision à long terme pour moderniser les règles de l'UE relatives au droit d'auteur. La présente proposition est l'une des mesures destinées à répondre aux problèmes spécifiques recensés dans ladite communication.

Les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins sont harmonisées au niveau de l'UE. Certaines de ces exceptions visent à atteindre des objectifs d'intérêt public, tels que la recherche ou l'éducation. Toutefois, face à l'apparition de nouveaux types d'utilisations, la question se pose de savoir si ces exceptions permettent toujours d'atteindre un juste équilibre entre les droits et les intérêts des auteurs et autres titulaires de droits, d'une part, et des utilisateurs, d'autre part. En outre, ces exceptions demeurent nationales et la sécurité juridique entourant les utilisations transfrontières n'est pas garantie. Dans ce contexte, la Commission a recensé trois domaines d'intervention: les utilisations numériques et transfrontières dans le domaine de l'éducation, la fouille de textes et de données dans le domaine de la recherche scientifique, ainsi que la préservation du patrimoine culturel. L'objectif est de garantir la légalité de certains types d'utilisations dans ces domaines, y compris dans un contexte transfrontière. Grâce à la modernisation du cadre des exceptions et limitations, les chercheurs bénéficieront d'un espace juridique plus clair pour utiliser des outils innovants de fouille de textes et de données, les enseignants et les étudiants pourront tirer pleinement parti des technologies numériques à tous les niveaux d'enseignement, tandis que les institutions chargées du patrimoine culturel (c'est-à-dire les bibliothèques ou les musées accessibles au public, les archives ou les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore) seront soutenues dans leurs efforts visant à préserver le patrimoine culturel, ce qui profitera en fin de compte aux citoyens de l'Union.

Alors que les technologies numériques devraient faciliter l'accès transfrontière aux œuvres et à d'autres objets, des obstacles subsistent, notamment en ce qui concerne les utilisations et les

<sup>1</sup> COM(2015) 192 final.

<sup>2</sup> COM(2015) 626 final.

œuvres pour lesquelles l'obtention de droits est complexe. C'est le cas pour les institutions de gestion du patrimoine culturel qui souhaitent fournir un accès en ligne, y compris par-delà les frontières, aux œuvres indisponibles figurant dans leurs catalogues. Du fait de ces obstacles, les citoyens européens sont parfois privés de la possibilité d'accéder au patrimoine culturel. La proposition vise à résoudre ces problèmes en mettant en place un mécanisme spécifique destiné à faciliter la conclusion de contrats de licences pour la diffusion d'œuvres indisponibles par les institutions de gestion du patrimoine culturel. En ce qui concerne les œuvres audiovisuelles, malgré l'importance croissante des plateformes de vidéo à la demande, les œuvres audiovisuelles européennes ne représentent qu'un tiers des œuvres proposées aux consommateurs sur ces plateformes. Une fois de plus, cette faible disponibilité résulte en partie de la complexité de la procédure d'acquisition des droits. La présente proposition prévoit des mesures visant à faciliter le processus de concession de licences et d'acquisition des droits, ce qui permettrait à terme aux consommateurs d'accéder plus facilement, par-delà les frontières, aux contenus protégés par le droit d'auteur.

L'évolution des technologies numériques a entraîné l'apparition de nouveaux modèles économiques et renforcé le rôle de l'internet en tant que principal marché pour l'accès à des contenus protégés par le droit d'auteur et leur distribution. Dans ce nouveau cadre, les titulaires de droits rencontrent des difficultés lorsqu'ils cherchent à accorder des licences sur leurs droits et à être rémunérés pour la distribution en ligne de leurs œuvres. Cette situation pourrait mettre en péril le développement de la créativité européenne et la production de contenus créatifs. Il faut donc garantir que les auteurs et titulaires de droits reçoivent une part équitable de la valeur générée par l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. Dans ce contexte, la présente proposition prévoit des mesures destinées à améliorer la position des titulaires de droit pour négocier et être rémunérés pour l'exploitation de leurs contenus par des services en ligne donnant accès à des contenus téléchargés par l'utilisateur. Un partage équitable de la valeur est également nécessaire pour garantir la viabilité du secteur des publications de presse. Les éditeurs de presse ont des difficultés à accorder des licences portant sur l'utilisation en ligne de leurs publications et à obtenir une part équitable de la valeur générée. Cette situation pourrait avoir, à terme, des répercussions négatives sur l'accès des citoyens à l'information. La présente proposition prévoit un nouveau droit pour les éditeurs de presse en vue de faciliter la concession de licences portant sur l'utilisation en ligne de leurs publications, le recouvrement de leurs investissements et le respect effectif de leurs droits. Elle vise également à remédier à l'insécurité juridique existante en ce qui concerne la possibilité pour tous les éditeurs de recevoir une partie de la compensation pour les utilisations d'œuvres relevant d'une exception. Enfin, les auteurs, interprètes et exécutants se trouvent souvent en position de faiblesse dans leurs relations contractuelles, au moment d'accorder des licences sur leurs droits. De surcroît, les recettes générées par l'utilisation de leurs œuvres ou interprétations sont souvent peu transparentes, ce qui se répercute sur leur rémunération. La présente proposition prévoit des mesures destinées à améliorer la transparence et l'équilibre des relations contractuelles entre les auteurs, interprètes et exécutants et ceux à qui ils cèdent leurs droits. Dans l'ensemble, les mesures présentées au titre IV de la proposition et qui visent à assurer le bon fonctionnement du marché des droits d'auteur devraient avoir, à moyen terme, un effet positif sur la production et la disponibilité de contenus, ainsi que sur le pluralisme des médias, ce qui profitera en fin de compte aux consommateurs.

- **Cohérence avec les dispositions existantes dans le domaine d'action**

La stratégie pour un marché unique numérique met en avant une série d'initiatives dans le but de créer un marché intérieur des contenus et services numériques. En décembre 2015, une

première étape a été franchie avec l'adoption par la Commission d'une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur<sup>3</sup>.

La présente proposition vise à donner suite à plusieurs des actions ciblées recensées dans la communication intitulée «Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur». D'autres actions mentionnées dans cette communication sont couvertes par la «proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les règles relatives à l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne des organismes de radiodiffusion et à la retransmission des programmes de télévision et de radio»<sup>4</sup>, la «proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'échange transfrontière, entre l'Union et des pays tiers, d'exemplaires en format accessible de certaines œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins en faveur des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés»<sup>5</sup> et la «proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines utilisations autorisées d'œuvres et d'autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins en faveur des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés et modifiant la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information»<sup>6</sup>, adoptées à la même date que la présente proposition de directive.

La présente proposition est conforme au cadre juridique européen en matière de droit d'auteur. Elle repose sur les règles énoncées dans les directives 96/9/CE<sup>7</sup>, 2001/29/CE<sup>8</sup>, 2006/115/CE<sup>9</sup>, 2009/24/CE<sup>10</sup>, 2012/28/UE<sup>11</sup> et 2014/26/UE<sup>12</sup> et les complète. Ces directives, de même que la présente proposition, contribuent au bon fonctionnement du marché intérieur, garantissent un niveau élevé de protection des titulaires de droits et facilitent l'acquisition de droits.

La présente proposition complète la directive 2010/13/UE<sup>13</sup> et la proposition<sup>14</sup> qui la modifie.

<sup>3</sup> COM(2015) 627 final.

<sup>4</sup> COM(2016) 594 final.

<sup>5</sup> COM(2016) 595 final.

<sup>6</sup> COM(2016) 596 final.

<sup>7</sup> 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 du 27.3.1996, p. 20).

<sup>8</sup> 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 (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10).

<sup>9</sup> Directive 2006/115/CE 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 du 27.12.2006, p. 28).

<sup>10</sup> Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 111 du 5.5.2009, p. 16).

<sup>11</sup> Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (JO L 299 du 27.10.2012, p. 5).

<sup>12</sup> Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (JO L 84 du 20.3.2014, p. 72).

<sup>13</sup> Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels) (JO L 95 du 15.4.2010, p. 1).



- **Cohérence avec les autres politiques de l'Union**

La présente proposition contribuerait à faciliter l'éducation et la recherche et à améliorer la diffusion des cultures européennes, tout en ayant une incidence positive sur la diversité culturelle. Elle est donc compatible avec les articles 165, 167 et 179 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Elle contribue en outre à promouvoir les intérêts des consommateurs, conformément aux politiques de l'UE dans le domaine de la protection des consommateurs et à l'article 169 du TFUE, en permettant un accès élargi aux contenus protégés par le droit d'auteur et une plus grande utilisation de ces contenus.

## **2. BASE JURIDIQUE, SUBSIDIARITÉ ET PROPORTIONNALITÉ**

- **Base juridique**

La proposition est fondée sur l'article 114 du TFUE. Cet article permet à l'Union d'adopter des mesures concernant la mise en place et le fonctionnement du marché intérieur.

- **Subsidiarité (en cas de compétence non exclusive)**

Les États membres disposent d'une marge de manœuvre limitée pour instaurer ou adapter des exceptions ou des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins, étant donné que celles-ci sont harmonisées au niveau de l'UE. En outre, une intervention à l'échelon national ne serait pas suffisante compte tenu de la nature transfrontière des problèmes recensés. L'intervention de l'UE est donc nécessaire pour parvenir à une sécurité juridique totale en ce qui concerne les utilisations transfrontières dans les domaines de la recherche, de l'éducation et de l'héritage culturel.

Des initiatives ont déjà été entreprises à l'échelon national pour faciliter la diffusion et l'accessibilité des œuvres indisponibles dans le commerce. Elles ne concernent toutefois que quelques États membres et ne sont applicables que sur le territoire national. L'intervention de l'UE est donc nécessaire pour garantir la mise en place dans tous les États membres de mécanismes d'octroi de licences pour l'accès et la diffusion d'œuvres indisponibles et pour assurer l'effet transfrontière de ces mécanismes. En ce qui concerne l'exploitation en ligne des œuvres audiovisuelles, il convient de faciliter les négociations de contrats de licence dans tous les États membres afin d'améliorer la disponibilité des œuvres européennes sur les plateformes de vidéo à la demande dans l'ensemble de l'UE.

La distribution en ligne de contenus protégés par le droit d'auteur est, par nature, transfrontière. Seuls des mécanismes définis au niveau européen pourraient garantir le bon fonctionnement du marché de la distribution des œuvres et autres objets protégés et assurer la viabilité du secteur de l'édition face aux défis de l'environnement numérique. Enfin, les auteurs, interprètes et exécutants doivent pouvoir bénéficier dans tous les États membres du haut niveau de protection établi par la législation de l'UE. Pour y parvenir, et afin d'éviter des divergences entre les États membres, il convient de définir une approche commune à l'échelle de l'UE à l'égard des obligations en matière de transparence et des mécanismes permettant l'adaptation des contrats dans certains cas ainsi que le règlement des litiges.

- **Proportionnalité**

La proposition prévoit des exceptions obligatoires pour les États membres. Ces exceptions portent sur des objectifs d'intérêt public fondamentaux, ainsi que sur les utilisations revêtant une dimension transfrontière. Elles prévoient aussi des conditions qui garantissent le bon fonctionnement des marchés et la protection des intérêts des titulaires de droits, ainsi que des

<sup>14</sup> COM(2016) 287 final.

incitations à la création et à l'investissement. Au besoin, et en veillant à ce que les objectifs de la directive soient atteints, une marge de décision a été conservée au niveau national.

La proposition impose aux États membres de mettre en place des mécanismes visant à faciliter l'acquisition de droits d'auteur et droits voisins pour les œuvres indisponibles dans le commerce et l'exploitation en ligne d'œuvres audiovisuelles. Elle vise à améliorer l'accès aux contenus et à élargir leur diffusion, tout en veillant à préserver les droits des auteurs et autres titulaires de droits. Plusieurs garanties sont mises en place à cet effet [par exemple, des possibilités de retrait (*opt-out*), le maintien des possibilités d'octroi de licences et la participation facultative au forum de négociation]. La proposition ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi tout en laissant suffisamment de latitude aux États membres pour prendre des décisions sur les détails de ces mécanismes, et n'entraîne pas de coûts disproportionnés.

Elle impose des obligations à certains services de la société de l'information. Toutefois, ces obligations demeurent raisonnables compte tenu de la nature des services concernés, de leur incidence sur le marché des contenus en ligne et du volume important de contenus protégés par le droit d'auteur qui sont stockés par ces services. L'instauration d'un droit voisin pour les éditeurs de presse renforcerait la sécurité juridique et le pouvoir de négociation de ces derniers, ce qui est l'objectif poursuivi. La proposition est proportionnée, car elle porte uniquement sur les publications de presse et les utilisations numériques. En outre, elle n'aura aucun effet rétroactif sur les actes pris ou les droits acquis avant la date de transposition. L'obligation de transparence qu'elle prévoit vise uniquement à rééquilibrer les relations contractuelles entre les créateurs et les autres parties contractantes, tout en respectant la liberté contractuelle.

- **Choix de l'instrument**

La proposition concerne, et dans certains cas modifie, des directives existantes. Au besoin, et en tenant compte de l'objectif à atteindre, elle laisse aux États membres une marge de manœuvre, tout en veillant au respect de l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur. Le choix de recourir à une directive est donc approprié.

### **3. RÉSULTATS DES ÉVALUATIONS EX POST, DES CONSULTATIONS DES PARTIES INTÉRESSÉES ET DES ANALYSES D'IMPACT**

- **Évaluations ex post/bilans de qualité de la législation existante**

De 2013 à 2016, la Commission a procédé à un réexamen des règles existantes en matière de droit d'auteur dans le but de «veiller à ce que les pratiques en matière de droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur [...] restent adaptées au nouvel environnement numérique»<sup>15</sup>. Même s'il a débuté avant l'adoption, en mai 2015, du programme de la Commission pour une meilleure réglementation<sup>16</sup>, ce processus de révision a été mené dans l'esprit des lignes directrices pour une meilleure réglementation. Il a notamment mis en évidence des problèmes liés à la mise en œuvre de certaines exceptions ainsi que leur absence d'effet transfrontière<sup>17</sup>, et montré que des difficultés étaient apparues ces dernières années dans l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur, en particulier dans le contexte numérique et transfrontière.

<sup>15</sup> COM(2012) 789 final.

<sup>16</sup> COM(2015) 215 final.

<sup>17</sup> Il s'agit respectivement de l'exception relative à l'illustration à des fins d'enseignement et de recherche (dans la mesure où elle concerne la fouille de textes et de données) et de l'exception relative à certains actes de reproduction (dans la mesure où elle concerne la préservation).

- **Consultation des parties intéressées**

Plusieurs consultations publiques ont été organisées par la Commission. La consultation sur la révision des règles de l'UE en matière de droit d'auteur menée du 5 décembre 2013 au 5 mars 2014<sup>18</sup> a fourni à la Commission une vue d'ensemble des avis des parties intéressées, notamment en ce qui concerne les exceptions et les limitations, ainsi que la rémunération des auteurs, interprètes et exécutants. La consultation menée du 24 septembre 2015 au 6 janvier 2016 sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative<sup>19</sup> a permis de réunir des éléments d'information et des avis provenant de toutes les parties intéressées sur le rôle des intermédiaires dans la distribution en ligne d'œuvres et autres objets protégés. Enfin, une consultation publique a été organisée du 23 mars 2016 au 15 juin 2016 sur le rôle des éditeurs dans la chaîne de valeur du droit d'auteur et sur la «liberté de panorama». Cette consultation a notamment permis de recueillir des avis sur l'opportunité d'instaurer dans le droit de l'Union un nouveau droit voisin pour les éditeurs.

En outre, de 2014 à 2016, la Commission a mené des discussions avec les parties intéressées pertinentes sur les différents thèmes abordés par la proposition.

- **Obtention et utilisation d'expertise**

Des études juridiques<sup>20</sup> et économiques<sup>21</sup> ont été menées sur l'application de la directive 2001/29/CE, les incidences économiques de l'adaptation de certaines exceptions et limitations, le cadre juridique de la fouille de textes et de données et la rémunération des auteurs, interprètes et exécutants.

<sup>18</sup> Rapports sur les réponses à la consultation:  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf)

<sup>19</sup> Premiers résultats: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries>

<sup>20</sup> Étude sur l'application de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/index_en.htm); Étude sur le cadre juridique de la fouille de textes et de données: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/1403\\_study2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study2_en.pdf); Étude sur le droit de mise à disposition et sa relation avec le droit de reproduction dans les transmissions numériques transfrontières: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/141219-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/141219-study_en.pdf); Étude sur la rémunération des auteurs, interprètes et exécutants pour l'utilisation de leurs œuvres et la fixation de leurs interprétations: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-gathers-evidence-remuneration-authors-and-performers-use-their-works-and-fixations>; [Study on the remuneration of authors of books and scientific journals, translators, journalists and visual artists for the use of their works:](http://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-on-the-remuneration-of-authors-of-books-and-scientific-journals-translators-journalists-and-visual-artists-for-the-use-of-their-works)

<sup>21</sup> «Assessing the economic impacts of adapting certain limitations and exceptions to copyright and related rights in the EU» (Évaluation des incidences économiques de l'adaptation de certaines limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins dans l'UE): [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/131001-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131001-study_en.pdf) et «Assessing the economic impacts of adapting certain limitations and exceptions to copyright and related rights in the EU – Analysis of specific policy options» (Évaluation des incidences économiques de l'adaptation de certaines limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins dans l'UE – Analyse des options stratégiques) [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/140623-limitations-economic-impacts-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/140623-limitations-economic-impacts-study_en.pdf)

- **Analyse d'impact**

Une analyse d'impact a été effectuée pour la présente proposition<sup>22</sup>. Le 22 juillet 2016, le comité d'examen de la réglementation a rendu un avis positif, en soulignant que l'analyse d'impact devait encore être améliorée<sup>23</sup>. La version finale de l'analyse d'impact tient compte des observations contenues dans cet avis.

L'analyse d'impact porte sur les scénarios de base, les options stratégiques et leurs incidences pour huit thèmes regroupés en trois chapitres, à savoir: i) assurer un plus large accès aux contenus, ii) adapter les exceptions à l'environnement numérique et transfrontière, et iii) réaliser un marché performant pour le droit d'auteur. L'impact sur les différentes parties intéressées a été analysé pour chaque option stratégique. L'analyse conclut que, compte tenu notamment de la prédominance des PME dans les secteurs créatifs, l'instauration d'un régime spécial ne serait pas appropriée, car elle irait à l'encontre de l'objectif de l'intervention. Les options stratégiques pour chaque thème sont brièvement présentées ci-après.

Disponibilité des œuvres audiovisuelles sur les plateformes de vidéo à la demande et accès à ces œuvres: une option non législative (option n° 1), consistant en l'organisation d'un dialogue entre les parties intéressées sur les problèmes de licences, n'a pas été retenue car elle a été jugée insuffisante pour résoudre les cas particuliers de blocage. L'option retenue (option n° 2) associe l'organisation d'un dialogue entre les parties intéressées à l'obligation pour les États membres de mettre en place un mécanisme de négociation.

Œuvres indisponibles dans le commerce: l'option n° 1 exigeait des États membres qu'ils mettent en place des mécanismes juridiques ayant un effet transfrontière, afin de faciliter les contrats de licence portant sur des livres et revues spécialisées indisponibles dans le commerce, et qu'ils organisent un dialogue entre les parties intéressées au niveau national, en vue de faciliter la mise en œuvre de ces mécanismes. L'option n° 2 allait plus loin, puisqu'elle s'appliquait à tous les types d'œuvres indisponibles dans le commerce. Ce champ d'application élargi a été jugé nécessaire pour couvrir l'octroi de licences pour des œuvres indisponibles dans tous les secteurs. L'option n° 2 a donc été retenue.

Utilisation d'œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières: l'option n° 1 consistait à guider les États membres dans l'application de l'exception existante concernant l'enseignement dans l'environnement numérique et dans l'organisation d'un dialogue entre les parties intéressées. Cette option a été considérée comme insuffisante pour garantir la sécurité juridique, en particulier en ce qui concerne les utilisations transfrontières. L'option n° 2 exigeait l'introduction d'une exception obligatoire ayant un effet transfrontière et couvrant les utilisations numériques. L'option n° 3 était semblable à l'option n° 2, mais laissait une certaine latitude aux États membres, ces derniers pouvant décider d'appliquer l'exception selon la disponibilité des licences. Cette option a été jugée la plus proportionnée.

Fouille de textes et de données: l'option n° 1 consistait en des initiatives d'autorégulation du secteur. D'autres options consistaient en l'introduction d'une exception obligatoire portant sur la fouille de textes et de données. Dans le cadre de l'option n° 2, l'exception ne couvrait que les utilisations poursuivant un but de recherche scientifique non commerciale. L'option n° 3 permettait les utilisations à des fins de recherche scientifique commerciale, en limitant

<sup>22</sup> Add link to IA and Executive Summary.

<sup>23</sup> Add link to RSB opinion.

toutefois l'exception à certains bénéficiaires. L'option n° 4 allait plus loin, dans la mesure où elle ne limitait pas les bénéficiaires. L'option n° 3 a été jugée la plus proportionnée.

Préservation du patrimoine culturel: l'option n° 1 consistait à guider les États membres dans la mise en œuvre de l'exception portant sur les actes de reproduction spécifiques à des fins de préservation. Cette option a été rejetée car jugée insuffisante pour garantir la sécurité juridique dans ce domaine. L'option n° 2, consistant en une exception obligatoire à des fins de préservation par des institutions de gestion du patrimoine culturel, a été retenue.

Utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur par des services de la société de l'information qui stockent et proposent au public un grand nombre d'œuvres et autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs: l'option n° 1 consistait à organiser un dialogue entre les parties intéressées. Cette approche a été rejetée, car elle aurait eu un impact limité sur la possibilité pour les titulaires de droits de déterminer les conditions d'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. L'option n° 2, qui a été retenue, va plus loin: elle prévoit l'obligation pour certains prestataires de services de mettre en place des technologies appropriées et encourage la conclusion d'accords avec les titulaires de droits.

Droits sur les publications: l'option n° 1 consistait à organiser un dialogue entre les parties intéressées pour trouver des solutions en matière de diffusion des contenus des éditeurs de presse. Cette option a été jugée insuffisante pour garantir la sécurité juridique dans toute l'Union européenne. L'option n° 2 consistait à instaurer un droit voisin portant sur les utilisations numériques des publications de presse. L'option n° 3 y ajoute la possibilité pour les États membres de permettre aux éditeurs, auxquels des droits ont été cédés ou concédés sous licence par un auteur, de réclamer une partie de la compensation prévue pour les utilisations relevant d'une exception. Cette dernière option est celle qui a été retenue, car elle permet de résoudre tous les problèmes.

Juste rémunération contractuelle des auteurs, interprètes et exécutants: l'option n° 1 consistait à adresser une recommandation aux États membres et à organiser un dialogue entre les parties intéressées. Cette option a été rejetée, car elle n'aurait pas été suffisamment efficace. L'option n° 2 consistait à imposer des obligations en matière de transparence aux partenaires contractuels des créateurs. L'option n° 3 y ajoutait l'introduction d'un mécanisme d'adaptation des rémunérations et d'un mécanisme de règlement des litiges. C'est cette option qui a été retenue, car l'option n° 2 n'aurait pas donné aux créateurs les moyens de faire respecter l'obligation de transparence.

- **Réglementation affûtée et simplification**

Pour les utilisations couvertes par les exceptions, la proposition permettra aux établissements d'enseignement, aux instituts de recherche d'intérêt public et aux institutions de gestion du patrimoine culturel de réduire leurs coûts de transaction. Cette réduction des coûts de transaction n'entraînera pas nécessairement une perte de revenus ou de recettes tirées des licences pour les titulaires de droits: la portée des exceptions et leurs conditions d'application réduisent au minimum le manque à gagner pour les titulaires de droits. L'impact sur les PME actives dans ces domaines (en particulier les éditeurs de publications scientifiques et pédagogiques) et sur leurs modèles économiques devrait donc être limité.

Les mécanismes visant à améliorer les pratiques en matière de licences sont susceptibles de réduire les coûts de transaction et d'augmenter les recettes que les titulaires de droits peuvent tirer des licences. Les conséquences pour les PME actives dans ces domaines (producteurs, distributeurs, éditeurs, etc.) seront positives. D'autres parties intéressées, telles que les

plateformes de vidéo à la demande, pourraient également en bénéficier. La proposition comporte également plusieurs mesures (obligation de transparence pour les partenaires des titulaires de droits, instauration d'un nouveau droit pour les éditeurs de presse et obligation concernant certains services en ligne) devant permettre de renforcer le pouvoir de négociation des titulaires de droits et le contrôle qu'ils exercent sur l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. Elle devrait avoir un effet positif sur les revenus des titulaires de droits.

La proposition impose de nouvelles obligations à certains services en ligne et à ceux auxquels les auteurs, interprètes et exécutants cèdent leurs droits. Ces obligations pourraient entraîner des coûts supplémentaires. Toutefois, la proposition garantit que les coûts restent proportionnés et qu'au besoin, l'obligation ne s'applique pas à certains acteurs. Par exemple, l'obligation de transparence ne s'appliquera pas lorsque les frais administratifs qui en découlent sont disproportionnés au regard des revenus générés. En ce qui concerne l'obligation relative aux services en ligne, elle ne s'applique qu'aux services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à de grandes quantités de contenus protégés par le droit d'auteur mis en ligne par leurs utilisateurs.

La proposition prévoit l'obligation pour les États membres de mettre en place des mécanismes de négociation et de règlement des litiges, ce qui entraîne des coûts de mise en conformité pour les États membres. Ceux-ci pourraient toutefois, dans la plupart des cas, s'appuyer sur des structures existantes, ce qui permettrait de limiter les coûts. L'exception concernant l'enseignement peut aussi entraîner pour les États membres des coûts liés aux mesures destinées à assurer la disponibilité et la visibilité des licences pour les établissements d'enseignement.

Les nouvelles évolutions technologiques ont fait l'objet d'un examen attentif. La proposition comporte plusieurs exceptions visant à faciliter l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur au moyen des nouvelles technologies. Elle prévoit également des mesures destinées à faciliter l'accès aux contenus, y compris via les réseaux numériques. Enfin, elle confère un pouvoir de négociation équilibré à tous les acteurs de l'environnement numérique.

- **Droits fondamentaux**

En améliorant le pouvoir de négociation des auteurs, interprètes et exécutants et le contrôle qu'ont les titulaires de droits sur l'utilisation de leurs contenus protégés par le droit d'auteur, la proposition aura un effet positif sur le droit d'auteur en tant que droit de propriété, protégé par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte»). Cet effet positif sera renforcé par les mesures visant à améliorer les pratiques en matière de licences et, *in fine*, les revenus des titulaires de droits. Les nouvelles exceptions qui réduisent dans une certaine mesure le monopole des titulaires de droits sont justifiées par d'autres objectifs d'intérêt général. Ces exceptions sont susceptibles d'avoir un effet positif sur le droit à l'éducation et sur la diversité culturelle. Enfin, la directive n'a qu'un impact limité sur la liberté d'entreprise et sur la liberté d'expression et d'information, reconnues par les articles 16 et 11 de la Charte, grâce aux mesures correctives mises en place et au caractère équilibré des obligations imposées aux parties intéressées.

#### **4. INCIDENCE BUDGÉTAIRE**

La proposition n'a pas d'incidence sur le budget de l'Union européenne.

## **5. AUTRES ÉLÉMENTS**

- **Plans de mise en œuvre et modalités de suivi, d'évaluation et d'information**

Conformément à l'article 22, la Commission procède à un réexamen de la directive au plus tôt [cinq] ans après la date [de transposition].

- **Documents explicatifs**

Conformément au considérant 48 de la proposition, les États membres informeront la Commission de leurs mesures de transposition en lui fournissant des documents explicatifs, étant donné la complexité des règles prévues par la proposition et l'importance de conserver une approche harmonisée des règles applicables à l'environnement numérique et transfrontière.

- **Explication détaillée des différentes dispositions de la proposition**

Le titre I comporte des dispositions générales qui i) précisent l'objet et le champ d'application de la directive et ii) établissent les définitions qui devront être interprétées de manière uniforme dans l'Union.

Le titre II porte sur les mesures visant à adapter les exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontière. Ce titre comporte trois articles en vertu desquels les États membres doivent prévoir des exceptions obligatoires ou une limitation permettant i) à des organismes de recherche de procéder à une fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique (article 3), ii) l'utilisation numérique d'œuvres et autres objets protégés à la seule fin d'illustration dans le cadre d'activités d'enseignement (article 4) et iii) aux institutions de gestion du patrimoine culturel de réaliser des copies des œuvres et autres objets protégés qui se trouvent en permanence dans leurs collections, dans la mesure nécessaire à la préservation de ces œuvres et autres objets (article 5). L'article 6 contient des dispositions communes au titre relatif aux exceptions et limitations.

Le titre III porte sur les mesures visant à améliorer les pratiques en matière de licences et à assurer un accès plus large aux contenus. L'article 7 impose aux États membres de mettre en place un mécanisme juridique permettant de faciliter les contrats de licence portant sur les œuvres et autres objets protégés indisponibles dans le commerce. L'article 8 garantit l'effet transfrontière de tels contrats de licence. L'article 9 impose aux États membres d'instaurer un dialogue entre les parties intéressées sur les questions relatives aux articles 7 et 8. L'article 10 instaure l'obligation pour les États membres de mettre en place un mécanisme de négociation visant à faciliter les négociations sur l'exploitation en ligne d'œuvres audiovisuelles.

Le titre IV concerne les mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché des droits d'auteur. Les articles 11 et 12 i) étendent les droits prévus aux articles 2 et 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE aux éditeurs de publications de presse pour l'utilisation numérique de leurs publications et ii) prévoient la possibilité pour les États membres de permettre à tous les éditeurs de réclamer une partie de la compensation pour les utilisations relevant d'une exception. L'article 13 prévoit l'obligation, pour les prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs, de prendre des mesures appropriées et proportionnées pour assurer le bon fonctionnement des accords conclus avec les titulaires de droits et pour empêcher la mise à disposition, par leurs services, de contenus identifiés par les titulaires de droits en coopération avec ces prestataires. L'article 14 oblige les États membres à prévoir des obligations de transparence au profit des auteurs, interprètes et exécutants. L'article 15 exige

des États membres qu'ils établissent un mécanisme d'adaptation des contrats à l'appui de l'obligation prévue à l'article 14. L'article 16 requiert des États membres qu'ils mettent en place un mécanisme de règlement des litiges pour les questions découlant de l'application des articles 14 et 15.

Le titre V contient des dispositions finales relatives aux modifications apportées à d'autres directives, à l'application dans le temps, à la disposition transitoire, à la protection des données à caractère personnel, à la transposition, au réexamen et à l'entrée en vigueur.



Proposition de

**DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,  
vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 114,  
vu la proposition de la Commission européenne,  
après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,  
vu l'avis du Comité économique et social européen<sup>24</sup>,  
vu l'avis du Comité des régions<sup>25</sup>,  
statuant conformément à la procédure législative ordinaire,  
considérant ce qui suit:

- (1) Le traité prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. L'harmonisation des dispositions législatives des États membres sur le droit d'auteur et les droits voisins devrait contribuer davantage à la réalisation de ces objectifs.
- (2) Les directives adoptées dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins assurent un niveau élevé de protection aux titulaires de droits et instaurent un cadre permettant l'exploitation des œuvres et autres objets protégés. Ce cadre juridique harmonisé contribue au bon fonctionnement du marché intérieur; il stimule l'innovation, la créativité, l'investissement et la production de nouveaux contenus, y compris dans l'environnement numérique. La protection qu'il assure soutient également l'objectif de l'Union qui consiste à respecter et à promouvoir la diversité culturelle tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun de l'Europe. L'article 167, paragraphe 4, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne impose à l'Union de tenir compte des aspects culturels dans son action.
- (3) L'évolution rapide des technologies continue à modifier la manière dont les œuvres et autres objets protégés sont créés, produits, distribués et exploités. Il apparaît sans cesse de nouveaux modèles économiques et de nouveaux acteurs. Si les objectifs et les principes définis par le cadre de l'Union en matière de droit d'auteur restent satisfaisants, une insécurité juridique subsiste, tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, en ce qui concerne certaines utilisations, notamment transfrontières, d'œuvres et autres objets protégés dans l'environnement numérique. Comme l'indique la communication de la Commission intitulée «Vers un cadre

<sup>24</sup> JO C , , p. .

<sup>25</sup> JO C , , p. .

moderne et plus européen pour le droit d'auteur»<sup>26</sup>, il est nécessaire, dans certains domaines, d'adapter et de compléter le cadre actuel de l'Union en matière de droit d'auteur. La présente directive prévoit des règles visant à adapter certaines exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontière, ainsi que des mesures destinées à faciliter certaines pratiques d'octroi de licences pour la diffusion d'œuvres indisponibles dans le commerce et à améliorer la disponibilité en ligne d'œuvres audiovisuelles sur les plateformes de vidéo à la demande, en vue d'assurer un accès plus large aux contenus. Afin de réaliser un marché performant pour le droit d'auteur, il devrait également exister des règles sur les droits dans les publications, sur l'utilisation des œuvres et autres objets protégés par les prestataires de services en ligne qui stockent et donnent accès à des contenus mis en ligne par leurs utilisateurs, et sur la transparence des contrats d'auteurs, interprètes et exécutants.

- (4) La présente directive se fonde, tout en la complétant, sur la réglementation fixée dans les directives actuellement en vigueur dans ce domaine, notamment la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>27</sup>, la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>28</sup>, la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>29</sup>, la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>30</sup>, la directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil<sup>31</sup> et la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil<sup>32</sup>.
- (5) Dans les domaines de la recherche, de l'éducation et de la préservation du patrimoine culturel, les technologies numériques permettent de nouveaux types d'utilisations qui ne sont pas clairement encadrées par les règles de l'Union en vigueur en matière d'exceptions et de limitations. En outre, le caractère facultatif des exceptions et limitations prévues par les directives 2001/29/CE, 96/9/CE et 2009/24/CE dans ces domaines pourrait avoir des conséquences néfastes sur le fonctionnement du marché intérieur, ce qui vaut en particulier pour les utilisations transfrontières, dont l'importance ne cesse de croître dans l'environnement numérique. Il conviendrait donc de réévaluer à la lumière de ces nouvelles utilisations les exceptions et limitations prévues actuellement par la législation européenne et qui sont pertinentes pour la recherche scientifique, l'enseignement et la préservation du patrimoine culturel. Il y aurait lieu d'instaurer des exceptions ou limitations obligatoires pour l'utilisation de technologies de fouille de textes et de données dans le domaine de la recherche scientifique, l'illustration à des fins d'enseignement dans l'environnement numérique et la préservation du patrimoine culturel. S'agissant des utilisations non couvertes par

<sup>26</sup> COM(2015) 626 final.

<sup>27</sup> 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 du 27.3.1996, p. 20).

<sup>28</sup> 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 (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10).

<sup>29</sup> Directive 2006/115/CE 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 du 27.12.2006, p. 28).

<sup>30</sup> Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 111 du 5.5.2009, p. 16).

<sup>31</sup> Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (JO L 299 du 27.10.2012, p. 5).

<sup>32</sup> Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (JO L 84 du 20.3.2014, p. 72).

les exceptions ou la limitation prévues par la présente directive, les exceptions et limitations en vigueur dans le droit de l'Union devraient continuer à s'appliquer. Il conviendrait d'adapter les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

- (6) Les exceptions et la limitation définies par la présente directive tendent vers un juste équilibre entre les droits et les intérêts des auteurs et autres titulaires de droits, d'une part, et des utilisateurs, d'autre part. Elles ne peuvent s'appliquer que dans certains cas particuliers qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits.
- (7) La protection des mesures technologiques prévue dans la directive 2001/29/CE reste indispensable pour assurer la protection et l'exercice effectif des droits conférés aux auteurs et aux autres titulaires de droits en vertu du droit de l'Union. Il conviendrait de maintenir cette protection, tout en veillant à ce que l'utilisation de mesures technologiques n'empêche pas les bénéficiaires de jouir des exceptions et de la limitation définies dans la présente directive, qui sont particulièrement pertinentes dans l'environnement en ligne. Les titulaires de droits devraient avoir la possibilité d'y veiller par des mesures volontaires. Ils devraient rester libres de choisir la forme et les modalités leur permettant de fournir aux bénéficiaires des exceptions et de la limitation établies dans la présente directive les moyens d'en bénéficier, pour autant que ces moyens soient appropriés. En l'absence de mesures volontaires, les États membres devraient prendre des mesures appropriées conformément à l'article 6, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2001/29/CE.
- (8) Les nouvelles technologies permettent une analyse informatique automatisée d'informations sous forme numérique, telles que du texte, des sons, des images ou d'autres données, ce que l'on appelle généralement «la fouille de textes et de données». Ces technologies permettent aux chercheurs de traiter de grandes quantités d'informations pour acquérir de nouvelles connaissances et découvrir de nouvelles tendances. Alors que les technologies de fouille de textes et de données sont très répandues dans l'ensemble de l'économie numérique, il est largement reconnu que cette fouille peut être en particulier profitable à la communauté des chercheurs et ainsi favoriser l'innovation. Or, dans l'Union, les organismes de recherche tels que les universités et les instituts de recherche sont confrontés à une insécurité juridique, ne sachant pas dans quelle mesure il leur est possible d'effectuer une fouille de textes et de données sur des contenus. Dans certains cas, la fouille de textes et de données peut porter sur des actes protégés par le droit d'auteur et/ou par le droit sui generis de la base de données, notamment en ce qui concerne la reproduction d'œuvres ou autres objets protégés et/ou l'extraction de contenus d'une base de données. En l'absence d'exception ou de limitation applicable, l'autorisation de procéder à de tels actes devrait être demandée aux titulaires de droits. La fouille de textes et de données peut également être effectuée pour de simples éléments factuels ou données non protégés par le droit d'auteur et aucune autorisation ne serait nécessaire dans ce cas.
- (9) Le droit de l'Union prévoit d'ores et déjà certaines exceptions et limitations portant sur des utilisations à des fins de recherche scientifique qui pourraient s'appliquer aux actes de fouille de textes et de données. Cependant, ces exceptions et limitations sont facultatives et ne sont pas entièrement adaptées à l'utilisation de technologies dans le domaine de la recherche scientifique. En outre, lorsque les chercheurs ont légalement accès à du contenu, par exemple au moyen d'abonnements à des publications ou de licences en libre accès, les conditions applicables à ces licences peuvent exclure la fouille de textes et de données. Comme les recherches s'effectuent de plus en plus avec

l'aide de la technologie numérique, la compétitivité de l'Union en tant qu'espace de recherche risquerait d'en pâtir, à moins que des mesures ne soient prises pour remédier à l'insécurité juridique qui entoure la fouille de textes et de données.

- (10) Cette insécurité juridique devrait être corrigée en prévoyant une exception obligatoire au droit de reproduction ainsi qu'au droit d'empêcher l'extraction à partir d'une base de données. La nouvelle exception devrait s'appliquer sans préjudice de l'exception obligatoire en vigueur concernant les actes de reproduction provisoires énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, qui devrait continuer à s'appliquer aux techniques de fouille de textes et de données n'impliquant pas la confection de copies qui dépassent le champ d'application de ladite exception. Les organismes de recherche devraient également bénéficier de cette exception lorsqu'ils s'engagent dans des partenariats public-privé.
- (11) Les organismes de recherche dans l'ensemble de l'Union englobent une grande variété d'entités dont l'objectif premier est d'effectuer des recherches scientifiques ou de le faire tout en assurant des services éducatifs. Compte tenu de la diversité de ces entités, il est important d'avoir une définition commune des bénéficiaires de l'exception. Malgré leurs différences en termes de forme et de structure juridiques, les organismes de recherche dans tous les États membres ont généralement en commun d'exercer leur activité soit à titre non lucratif, soit dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par l'État. Une telle mission d'intérêt public peut, par exemple, se traduire par un financement public ou par des dispositions dans les législations nationales ou les marchés publics. Dans le même temps, les organismes sur lesquels des entreprises commerciales ont une influence déterminante leur permettant d'exercer un contrôle en raison d'éléments structurels tels que leur qualité d'actionnaire ou de membre, ce qui peut occasionner un accès préférentiel aux résultats des recherches, ne devraient pas être considérés comme des organismes de recherche aux fins de la présente directive.
- (12) Eu égard au nombre potentiellement élevé de demandes d'accès et de téléchargements de leurs œuvres ou autres objets protégés, les titulaires de droits devraient être autorisés à appliquer des mesures lorsqu'il existe un risque pour la sécurité et l'intégrité du système ou des bases de données hébergeant les œuvres ou autres objets protégés. Ces mesures ne devraient pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'assurer la sécurité et l'intégrité du système et ne devraient pas compromettre l'application effective de l'exception.
- (13) Il n'est pas nécessaire de prévoir une compensation pour les titulaires de droits en ce qui concerne les utilisations relevant de l'exception en matière de fouille de textes et de données introduite par la présente directive, étant donné que, vu la nature et la portée de cette exception, le préjudice devrait être minime.
- (14) L'article 5, paragraphe 3, point a), de la directive 2001/29/CE autorise les États membres à prévoir une exception ou une limitation aux droits de reproduction, de communication d'œuvres au public et de mise à la disposition de ce dernier à des fins exclusives, notamment, d'illustration dans le cadre de l'enseignement. En outre, l'article 6, paragraphe 2, point b) et l'article 9, point b), de la directive 96/9/CE autorisent l'utilisation d'une base de données et l'extraction ou la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de celle-ci à des fins d'illustration de l'enseignement. La portée de ces exceptions ou limitations manque de clarté lorsqu'elles s'appliquent aux utilisations numériques. En outre, il n'est pas clairement établi si ces exceptions ou limitations s'appliqueraient dans le cas de l'enseignement dispensé en ligne et donc à distance. De plus, le cadre existant ne prévoit pas d'effet transfrontière. Cette situation

pourrait entraver le développement des activités d'enseignement s'appuyant sur le numérique et de l'apprentissage à distance. Par conséquent, l'introduction d'une nouvelle exception ou limitation obligatoire est nécessaire pour faire en sorte que les établissements d'enseignement bénéficient d'une sécurité juridique totale en cas d'utilisation d'œuvres ou autres objets protégés dans le cadre d'activités pédagogiques numériques, notamment en ligne et dans des situations transfrontières.

- (15) Alors que les programmes d'apprentissage à distance et d'éducation transfrontière sont surtout développés au niveau de l'enseignement supérieur, des outils et des ressources numériques sont de plus en plus utilisés à tous les niveaux d'enseignement, notamment pour améliorer et enrichir l'expérience d'apprentissage. L'exception ou la limitation prévue dans la présente directive devrait donc être profitable à tous les établissements d'enseignement primaire et secondaire, de formation professionnelle et d'enseignement supérieur, dans la mesure où ces établissements exercent leur activité d'enseignement à des fins non commerciales. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement d'enseignement ne sont pas des éléments déterminants pour établir la nature non commerciale de son activité.
- (16) Cette exception ou limitation devrait couvrir les utilisations numériques d'œuvres et autres objets protégés, par exemple l'utilisation de parties ou d'extraits d'œuvres en vue de soutenir, d'enrichir ou de compléter l'enseignement, ainsi que les activités d'apprentissage connexes. L'utilisation des œuvres ou autres objets protégés en vertu de l'exception ou de la limitation devrait avoir lieu uniquement dans le cadre des activités d'enseignement et d'apprentissage menées sous la responsabilité des établissements d'enseignement, y compris les examens, et être limitée à ce qui est nécessaire aux fins de ces activités. L'exception ou la limitation devrait porter à la fois sur les utilisations par des moyens numériques dans les salles de classe et sur les utilisations en ligne par l'intermédiaire du réseau électronique sécurisé de l'établissement d'enseignement, dont l'accès doit être protégé, notamment par des procédures d'authentification. L'exception ou la limitation devrait s'entendre comme couvrant les besoins spécifiques en matière d'accessibilité des personnes handicapées, dans le cadre de l'illustration à des fins d'enseignement.
- (17) Différentes modalités, fondées sur la mise en œuvre de l'exception prévue par la directive 2001/29/CE ou sur des contrats de licence couvrant d'autres utilisations, ont été mises en place dans un certain nombre d'États membres afin de faciliter les utilisations pédagogiques des œuvres et autres objets protégés. Ces modalités ont généralement été définies en tenant compte des besoins des établissements d'enseignement et des différents niveaux d'éducation. S'il est essentiel d'harmoniser la portée de la nouvelle exception ou limitation obligatoire par rapport aux utilisations numériques et aux activités d'enseignement transfrontières, les modalités de mise en œuvre peuvent varier d'un État membre à l'autre, pour autant qu'elles n'entravent ni l'application effective de l'exception ou de la limitation ni les utilisations transfrontières. Les États membres pourraient ainsi s'appuyer sur les accords existants conclus au niveau national. En particulier, ils pourraient décider de subordonner l'application de l'exception ou de la limitation, entièrement ou partiellement, à la disponibilité des licences appropriées, couvrant au moins les mêmes utilisations que celles autorisées au titre de l'exception. Ce mécanisme permettrait, par exemple, de donner la priorité aux licences sur du matériel qui est principalement destiné au marché éducatif. Afin d'éviter qu'un tel mécanisme n'entraîne une insécurité juridique ou une charge administrative supplémentaire pour les établissements d'enseignement, les États membres adoptant cette approche devraient prendre des mesures concrètes

afin d'assurer un accès aisé aux systèmes de concession de licences permettant l'utilisation numérique d'œuvres ou autres objets protégés à des fins d'illustration pour l'enseignement, et de faire en sorte que les établissements soient informés de l'existence de ces systèmes.

- (18) Un acte de préservation peut nécessiter la reproduction d'une œuvre ou d'un autre objet protégé se trouvant dans la collection d'une institution de gestion du patrimoine culturel et dès lors nécessiter l'autorisation des titulaires de droits concernés. Les institutions de gestion du patrimoine culturel œuvrent à la préservation de leurs collections pour les générations futures. Les technologies numériques offrent de nouvelles possibilités de préserver le patrimoine contenu dans ces collections, mais elles font naître également de nouveaux défis. Face à ces derniers, il est nécessaire d'adapter le cadre juridique actuel en prévoyant une exception obligatoire au droit de reproduction pour permettre ces actes de préservation.
- (19) Les différentes approches adoptées dans les États membres pour les actes de préservation relevant des institutions de gestion du patrimoine culturel entravent la coopération transfrontière et le partage des moyens de préservation par ces institutions dans le marché intérieur, entraînant une utilisation inefficace des ressources.
- (20) Les États membres devraient donc être tenus de prévoir une exception permettant aux institutions de gestion du patrimoine culturel de reproduire des œuvres et autres objets protégés de manière permanente dans leurs collections à des fins de préservation, par exemple pour remédier à l'obsolescence technologique ou à la dégradation des supports originaux. Une telle exception devrait permettre la confection de copies en utilisant l'outil, le moyen ou la technologie de préservation qui convient, et ce en nombre suffisant et à n'importe quel stade de la vie d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, dans la mesure requise pour produire une copie exclusivement à des fins de préservation.
- (21) Aux fins de la présente directive, les œuvres et autres objets protégés devraient être considérés comme se trouvant à titre permanent dans la collection d'une institution de gestion du patrimoine culturel lorsque les copies sont détenues à titre permanent par cette institution ou lui appartiennent, par exemple à la suite d'un transfert de propriété ou d'un contrat de licence.
- (22) Les institutions de gestion du patrimoine culturel devraient bénéficier d'un cadre clair pour la numérisation et la diffusion, y compris dans un contexte transfrontière, d'œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce. Toutefois, les caractéristiques particulières des collections d'œuvres indisponibles font que l'obtention d'un accord préalable des titulaires de droits peut s'avérer très difficile. Cela peut parfois tenir, par exemple, à l'ancienneté des œuvres ou autres objets protégés, à leur valeur commerciale limitée ou au fait qu'ils n'ont jamais été destinés à une utilisation commerciale. Aussi est-il nécessaire de prévoir des mesures pour faciliter la concession sous licence de droits sur les œuvres indisponibles qui se trouvent dans les collections des institutions de gestion du patrimoine culturel et permettre ainsi la conclusion de contrats ayant un effet transfrontière au sein du marché intérieur.
- (23) Les États membres devraient, dans le cadre défini par la présente directive, disposer d'une certaine marge pour choisir le type spécifique de mécanisme qui permet d'étendre des licences concernant des œuvres indisponibles aux droits de titulaires de droits qui ne sont pas représentés par l'organisation de gestion collective, en fonction de leurs traditions, pratiques ou situations juridiques. De tels mécanismes peuvent

comprendre la concession de licences collectives étendues et des présomptions de représentation.

- (24) Aux fins de ces mécanismes de concession de licences, un système rigoureux et performant de gestion collective a toute son importance. Ce système comprend notamment des règles de bonne gouvernance, de transparence et de communication d'informations, ainsi que la distribution et le versement réguliers, avec diligence et exactitude, des sommes dues aux titulaires de droits, comme le prévoit la directive 2014/26/UE. Il y a lieu de prévoir des garanties appropriées supplémentaires pour tous les titulaires de droits, qui devraient avoir la possibilité d'exclure l'application de ces mécanismes à leurs œuvres ou autres objets protégés. Les conditions inhérentes à ces mécanismes ne devraient pas en réduire l'utilité pratique pour les institutions de gestion du patrimoine culturel.
- (25) Eu égard à la diversité des œuvres et autres objets protégés dans les collections des institutions de gestion du patrimoine culturel, il importe que les mécanismes de concession de licences instaurés par la présente directive soient disponibles et puissent être utilisés dans la pratique pour différents types d'œuvres et autres objets protégés, y compris les photographies, les enregistrements sonores et les œuvres audiovisuelles. Pour tenir compte des spécificités des diverses catégories d'œuvres et autres objets protégés en ce qui concerne les modalités de publication et de distribution et pour faciliter l'utilisation de ces mécanismes, les États membres pourraient avoir à définir des procédures et conditions spécifiques pour l'application concrète de ces mécanismes de concession de licences. Pour ce faire, il convient que les États membres consultent les titulaires de droits, les utilisateurs et les organismes de gestion collective.
- (26) Pour des raisons de courtoisie internationale, les mécanismes de concession de licences concernant la numérisation et la diffusion des œuvres indisponibles prévus dans la présente directive ne devraient pas s'appliquer aux œuvres ou autres objets protégés lors de leur première publication ou, en l'absence de publication, lors de leur première diffusion dans un pays tiers ou, dans le cas d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles, aux œuvres dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays tiers. Ces mécanismes ne devraient pas non plus s'appliquer aux œuvres ou autres objets protégés de ressortissants de pays tiers, sauf lorsqu'ils sont publiés pour la première fois ou, en l'absence de publication, diffusés pour la première fois sur le territoire d'un État membre ou, dans le cas d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles, lorsque le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un État membre.
- (27) Comme les projets de numérisation de masse peuvent donner lieu à des investissements importants de la part des institutions de gestion du patrimoine culturel, toute licence concédée en vertu des mécanismes prévus dans la présente directive ne devrait pas empêcher ces projets de générer des revenus raisonnables permettant de couvrir le coût de la licence et les coûts de numérisation et de diffusion des œuvres et autres objets protégés couverts par la licence.
- (28) Les informations concernant l'utilisation actuelle et future des œuvres et autres objets protégés indisponibles par les institutions de gestion du patrimoine culturel sur la base des mécanismes de concession de licences prévus par la présente directive et les modalités en vigueur permettant à tous les titulaires de droits d'exclure l'application des licences à leurs œuvres ou autres objets protégés devraient faire l'objet d'une publicité suffisante. Cet élément est particulièrement important lorsque les utilisations s'inscrivent dans un contexte transfrontière au sein du marché intérieur. Il y a donc lieu

de prévoir la création d'un portail en ligne unique, accessible au public, afin que l'Union puisse informer ce dernier de l'utilisation transfrontière suffisamment tôt avant qu'elle n'ait lieu. En vertu du règlement (UE) n° 386/2012 du Parlement européen et du Conseil<sup>33</sup>, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (ci-après l'«Office») est chargé d'exercer des tâches et activités relatives au respect des droits de propriété intellectuelle à l'aide de ses propres moyens budgétaires, visant à faciliter et soutenir les activités des autorités nationales, du secteur privé et des institutions de l'Union relatives au respect des droits de propriété intellectuelle et, en particulier, leurs activités de lutte contre les atteintes à ces droits, y compris la prévention de ces atteintes. Il est donc approprié de confier à cet Office la mise en place et la gestion du portail européen offrant ces informations.

- (29) Les services à la demande pourraient jouer un rôle déterminant dans la diffusion d'œuvres européennes dans l'ensemble de l'Union européenne. Cependant, les contrats relatifs à l'exploitation en ligne de ces œuvres pourraient se heurter à des difficultés liées à la concession sous licence de droits. Ces difficultés pourraient par exemple survenir lorsque le titulaire des droits relatifs à un territoire donné n'est pas intéressé par l'exploitation en ligne de l'œuvre ou lorsqu'il existe des problèmes liés aux fenêtres d'exploitation.
- (30) Pour faciliter la concession sous licence de droits concernant des œuvres audiovisuelles à des plateformes de vidéo à la demande, la présente directive impose aux États membres de mettre en place un mécanisme de négociation permettant aux parties désireuses de conclure un contrat de compter sur l'assistance d'un organisme impartial. L'organisme en question devrait se réunir avec les parties et contribuer aux négociations en fournissant des conseils professionnels et extérieurs. Dans ce contexte, les États membres devraient définir les conditions de fonctionnement du mécanisme de négociation, y compris le calendrier et la durée de l'assistance aux négociations, et la prise en charge des coûts. Ils devraient faire en sorte que les charges administratives et financières restent proportionnées pour garantir l'efficacité du forum de négociation.
- (31) Une presse libre et pluraliste est indispensable pour garantir un journalisme de qualité et l'accès des citoyens à l'information. Elle apporte une contribution fondamentale au débat public et au bon fonctionnement d'une société démocratique. Dans le passage de la presse écrite à la presse numérique, les éditeurs de presse sont confrontés à des difficultés pour concéder des licences relatives à l'utilisation en ligne de leurs publications et pour amortir leurs investissements. Les éditeurs de publications de presse n'étant pas reconnus comme des titulaires de droits, la concession sous licence de droits et l'exercice de ces droits dans l'environnement numérique sont souvent complexes et inefficients.
- (32) La contribution financière et organisationnelle des éditeurs dans la production de publications de presse doit être reconnue et davantage encouragée pour assurer la pérennité du secteur de l'édition. Il est dès lors nécessaire d'assurer au niveau de l'Union une protection juridique harmonisée des publications de presse à l'égard des utilisations numériques. Cette protection devrait être assurée de manière efficace par l'introduction, dans le droit de l'Union, de droits voisins du droit d'auteur pour la

<sup>33</sup> Règlement (UE) n° 386/2012 du Parlement européen et du Conseil du 19 avril 2012 confiant à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) des tâches liées au respect des droits de propriété intellectuelle, notamment la réunion de représentants des secteurs public et privé au sein d'un Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle (JO L 129 du 16.5.2012, p. 1).



reproduction et la diffusion auprès du public de publications de presse dans le cadre des utilisations numériques.

- (33) Aux fins de la présente directive, il est nécessaire de définir la notion de publication de presse de manière à couvrir uniquement les publications journalistiques, diffusées par un prestataire de services, périodiquement ou régulièrement actualisées sur tout support, à des fins d'information ou de divertissement. Ces publications pourraient inclure, par exemple, des journaux quotidiens, des magazines hebdomadaires ou mensuels généralistes ou spécialisés, et des sites internet d'information. Les publications périodiques qui sont diffusées à des fins scientifiques ou universitaires, telles que les revues scientifiques, ne devraient pas être couvertes par la protection accordée aux publications de presse en vertu de la présente directive. Cette protection ne s'étend pas aux actes de création de liens hypertextes **lorsque ces derniers qui** ne constituent pas une communication au public.
- (34) Les droits conférés aux éditeurs de publications de presse en vertu de la présente directive devraient avoir la même portée que les droits de reproduction et de mise à disposition du public institués dans la directive 2001/29/CE, en ce qui concerne les utilisations numériques. Ils devraient en outre être soumis aux mêmes dispositions en matière d'exceptions et de limitations que celles applicables aux droits établis dans la directive 2001/29/CE, y compris l'exception de citation à des fins de critique ou de revue prévue à l'article 5, paragraphe 3, point d), de ladite directive.
- (35) La protection accordée aux éditeurs de publications de presse en vertu de la présente directive ne devrait pas porter atteinte aux droits des auteurs et autres titulaires de droits à l'égard des œuvres et autres objets protégés intégrés dans ces publications, notamment en ce qui concerne la mesure dans laquelle les auteurs et autres titulaires de droits peuvent exploiter leurs œuvres ou autres objets protégés indépendamment de la publication de presse dans laquelle ils sont intégrés. Par conséquent, les éditeurs de publications de presse ne devraient pas pouvoir opposer aux auteurs et autres titulaires de droits la protection qui leur est accordée. Cet élément est sans préjudice des modalités contractuelles fixées entre les éditeurs de publications de presse, d'une part, et les auteurs et autres titulaires de droits, d'autre part.
- (36) Les éditeurs, y compris ceux de publications de presse, de livres ou de publications scientifiques, s'appuient souvent sur la cession de droits d'auteur dans le cadre d'accords contractuels ou de dispositions statutaires. Dans ce contexte, ils réalisent un investissement en vue d'exploiter les œuvres contenues dans leurs publications et peuvent, dans certains cas, être privés de revenus lorsque ces œuvres sont utilisées en vertu d'exceptions ou de limitations comme celles relatives à la copie privée et à la reprographie. Dans un certain nombre d'États membres, les auteurs et les éditeurs se partagent la compensation prévue pour les utilisations relevant de ces exceptions. Afin de tenir compte de cette situation et d'améliorer la sécurité juridique pour toutes les parties concernées, les États membres devraient être autorisés à prévoir que, lorsqu'un auteur a cédé ou accordé sous licence ses droits à un éditeur ou contribue par ses œuvres à une publication et qu'il existe des systèmes pour compenser le manque à gagner causé par une exception ou limitation, les éditeurs sont en droit de réclamer une part de cette compensation, la charge pesant sur eux pour étayer leur réclamation ne devant pas excéder ce qui est nécessaire en vertu du système en place.
- (37) Au cours des dernières années, le fonctionnement du marché des contenus en ligne s'est complexifié. Les services en ligne qui donnent accès à des contenus protégés par le droit d'auteur mis en ligne par leurs utilisateurs sans la participation des titulaires de

droits se sont multipliés et sont devenus les principales sources d'accès aux contenus en ligne. Les titulaires de droits sont de ce fait moins à même de déterminer si leurs œuvres et autres objets protégés sont utilisés et dans quelles conditions, et d'obtenir une rémunération appropriée en contrepartie.

- (38) Lorsque les prestataires de services de la société de l'information stockent et proposent au public des œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs, allant ainsi au-delà de la simple fourniture d'~~équipements installations~~ et ~~accomplissant donc un de l'~~acte de communication au public ~~et/ou de mise à la disposition du public, ainsi qu'un acte de reproduction~~, ils sont tenus de conclure des contrats de licence avec les titulaires de droits, à moins de pouvoir bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>34</sup>.

En ce qui concerne l'article 14, il y a lieu de vérifier si le prestataire de services joue un rôle actif, notamment en optimisant la présentation ~~du contenu fourni par le service des œuvres ou autres objets protégés mis en ligne~~ ou en assurant ~~la leur~~ promotion ~~de ce contenu~~, indépendamment de la nature des moyens employés à cet effet.

- (38bis) Afin de garantir le bon fonctionnement de tout contrat de licence, les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs et qui proposent ces contenus au public devraient prendre des mesures appropriées et proportionnées pour assurer la protection de ces œuvres et autres objets protégés, par exemple par la mise en œuvre de technologies efficaces. Cette obligation devrait également s'appliquer lorsque les prestataires de services de la société de l'information peuvent se prévaloir de l'exemption de responsabilité visée à l'article 14 de la directive 2000/31/CE.

- (39) La collaboration entre les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs et qui proposent au public un accès à ceux-ci est essentielle au bon fonctionnement des technologies, comme les technologies de reconnaissance des contenus. Dans de tels cas, les titulaires de droits devraient fournir les données nécessaires pour permettre aux services de reconnaître leurs contenus, et les services devraient être transparents à l'égard des titulaires de droits quant aux technologies déployées, afin de leur permettre d'apprécier le caractère approprié de ces dernières. Les services devraient en particulier fournir aux titulaires de droits des informations sur le type de technologies utilisé, la manière dont ces technologies sont exploitées et leur taux de réussite en termes de reconnaissance des contenus des titulaires de droits. Ces technologies devraient aussi permettre aux titulaires de droits d'obtenir des informations de la part des prestataires de services de la société de l'information sur l'utilisation de leurs contenus faisant l'objet d'un accord.

- (39bis) Il convient de rappeler que, tant de manière générale qu'au vu des références faites à l'article 3 de la directive 2001/29/CE dans la présente directive, une œuvre et/ou un objet protégé est communiqué au public et/ou mis à la disposition du public lorsqu'une personne physique ou morale en donne accès à des personnes étrangères au cercle de ses relations intimes et personnelles, qui se définit comme le cercle normal de sa

<sup>34</sup> 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 intérieur (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1).

famille ou de son entourage le plus immédiat. Il est indifférent à cet égard que ces dernières soient en mesure d'avoir accès aux œuvres et/ou objets protégés en un même lieu ou en des lieux différents et au même moment ou à des moments différents.

- (40) Certains titulaires de droits tels que les auteurs, interprètes et exécutants ont besoin d'informations pour apprécier la valeur économique de leurs droits qui sont harmonisés par le droit de l'Union. C'est en particulier le cas lorsque ces titulaires de droits concèdent une licence ou cèdent des droits en contrepartie d'une rémunération. Comme les auteurs, interprètes et exécutants sont généralement dans une position contractuelle moins favorable lorsqu'ils concèdent des licences ou cèdent leurs droits, ils ont besoin d'informations pour déterminer la valeur économique constante de leurs droits par rapport à la rémunération perçue en contrepartie de leur licence ou de la cession, mais ils sont souvent confrontés à un manque de transparence. Par conséquent, la communication d'informations adéquates par leurs partenaires contractuels ou leurs ayants droit est importante pour la transparence et l'équilibre du système qui régit la rémunération des auteurs, interprètes et exécutants.
- (41) Lors de la mise en œuvre des obligations en matière de transparence, les spécificités des différents secteurs de contenus et des droits des auteurs, interprètes et exécutants dans chaque secteur devraient être prises en considération. Les États membres devraient consulter toutes les parties prenantes, ce qui devrait les aider à déterminer les exigences propres aux différents secteurs. La négociation collective devrait être considérée comme une possibilité de parvenir à un accord entre les parties prenantes concernant la transparence. Afin de permettre l'adaptation aux obligations de transparence des pratiques actuelles en matière d'établissement de rapports, il conviendrait de prévoir une période transitoire. Les obligations de transparence ne doivent pas s'appliquer aux contrats conclus avec des organisations de gestion collective comme celles qui sont déjà soumises à des obligations de transparence en vertu de la directive 2014/26/UE.
- (42) Certains contrats d'exploitation de droits harmonisés au niveau de l'Union sont de longue durée et offrent peu de possibilités aux auteurs, interprètes et exécutants de les renégocier avec leurs partenaires contractuels ou leurs ayants droit. Par conséquent, sans préjudice du droit applicable aux contrats dans les États membres, il conviendrait de mettre en place un mécanisme d'adaptation des rémunérations pour les cas où la rémunération initialement convenue dans le cadre d'une licence ou d'une cession de droits est exagérément faible par rapport aux recettes et bénéfices tirés de l'exploitation de l'œuvre ou de l'interprétation, notamment au regard de la transparence garantie par la présente directive. L'évaluation de la situation doit tenir compte des circonstances particulières de chaque cas ainsi que des spécificités et des pratiques des différents secteurs de contenus. Lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'adaptation des rémunérations, l'auteur ou l'artiste, interprète ou exécutant doit avoir le droit d'introduire un recours devant un tribunal ou une autre autorité compétente.
- (43) Les auteurs, interprètes et exécutants sont souvent réticents à faire valoir leurs droits en justice à l'encontre de leurs partenaires contractuels. Il conviendrait donc que les États membres prévoient une procédure alternative de règlement des litiges pour traiter les réclamations liées aux obligations en matière de transparence et au mécanisme d'adaptation des contrats.
- (44) Les objectifs de la présente directive, à savoir la modernisation de certains aspects du cadre de l'Union applicable au droit d'auteur afin de tenir compte des progrès

technologiques et des nouveaux canaux de distribution des contenus protégés au sein du marché intérieur, ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres mais peuvent, du fait de leur portée, de leurs effets et de leur dimension transfrontière, être mieux atteints au niveau de l'Union. Celle-ci peut donc adopter des mesures conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

- (45) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus en particulier par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il y a donc lieu d'interpréter et d'appliquer la présente directive conformément à ces droits et principes.
- (46) Tout traitement de données à caractère personnel en vertu de la présente directive devrait respecter les droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à la protection des données à caractère personnel conformément aux articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et doit être conforme aux directives 95/46/CE<sup>35</sup> et 2002/58/CE<sup>36</sup> du Parlement européen et du Conseil.
- (47) Conformément à la déclaration de politique commune des États membres et de la Commission du 28 septembre 2011 sur les documents explicatifs<sup>37</sup>, les États membres se sont engagés à joindre à la notification de leurs mesures de transposition, dans les cas où cela se justifie, un ou plusieurs documents expliquant le lien entre les éléments d'une directive et les parties correspondantes des instruments nationaux de transposition. En ce qui concerne la présente directive, le législateur estime que la transmission de ces documents est justifiée,

ONT ADOPTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

<sup>35</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31). Cette directive est abrogée avec effet au 25 mai 2018 et est remplacée par le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1).

<sup>36</sup> Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) (JO L 201 du 31.7.2002, p. 37), dénommée, telle que modifiée par les directives 2006/24/CE et 2009/136/CE, la directive «vie privée et communications électroniques».

<sup>37</sup> JO C 369 du 17.12.2011, p. 14.

# TITRE I

## DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### *Article premier*

#### *Objet et champ d'application*

1. La présente directive fixe des règles visant à poursuivre l'harmonisation du droit de l'Union applicable au droit d'auteur et aux droits voisins dans le cadre du marché intérieur, compte tenu, en particulier, des utilisations numériques et transfrontières des contenus protégés. Elle prévoit également des dispositions relatives aux exceptions et limitations, à la facilitation des contrats de licences ainsi que des règles destinées à assurer le bon fonctionnement du marché pour l'exploitation des œuvres et des autres objets protégés.
2. Sauf dans les cas mentionnés à l'article 6, la présente directive laisse intactes et ~~n'affecte~~ ne modifie en aucune façon les dispositions existantes des directives actuellement en vigueur dans ce domaine, en particulier les directives 96/9/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE et 2014/26/UE.

### *Article 2*

#### *Définitions*

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- (1) «organisme de recherche», une université, un institut de recherche ou tout autre organisme ayant pour objectif premier de mener des recherches scientifiques, ou de mener des recherches scientifiques et de fournir des services éducatifs:
  - (a) à titre non lucratif ou en réinvestissant tous les bénéfices dans ses recherches scientifiques; ou
  - (b) dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par un État membre; de telle manière qu'il ne soit pas possible pour une entreprise exerçant une influence déterminante sur cet organisme de bénéficier d'un accès privilégié aux résultats produits par ces recherches scientifiques;
- (2) «fouille de textes et de données», toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous forme numérique afin d'en dégager des informations telles que des constantes, des tendances et des corrélations;
- (3) «institution de gestion du patrimoine culturel», une bibliothèque ou un musée accessible au public, des archives ou une institution dépositaire du patrimoine cinématographique ou sonore;
- (4) «publication de presse», la fixation d'une collection d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets et constitue une unité au sein d'une publication périodique ou régulièrement actualisée portant un titre unique, telle qu'un journal ou un magazine généraliste ou spécialisé, dans le but de fournir des informations sur l'actualité ou d'autres sujets publiées sur tout support à l'initiative, sous la responsabilité éditoriale et sous le contrôle d'un prestataire de services.

## **TITRE II**

### **MESURES VISANT À ADAPTER LES EXCEPTIONS ET LIMITATIONS À L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE ET TRANSFRONTIÈRE**

#### *Article 3*

##### *Fouille de textes et de données*

1. Les États membres prévoient une exception aux droits visés à l'article 2 de la directive 2001/29/CE, à l'article 5, point a), et à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE, et à l'article 11, paragraphe 1, de la présente directive pour les reproductions et extractions effectuées par des organismes de recherche, en vue de procéder à une fouille de textes et de données sur des œuvres ou autres objets protégés auxquels ils ont légitimement accès à des fins de recherche scientifique.
2. Toute disposition contractuelle contraire à l'exception prévue au paragraphe 1 est sans effet.
3. Les titulaires des droits sont autorisés à appliquer des mesures destinées à assurer la sécurité et l'intégrité des réseaux et bases de données où les œuvres ou autres objets protégés sont hébergés. Ces mesures n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.
4. Les États membres encouragent les titulaires des droits et les organismes de recherche à définir d'un commun accord des bonnes pratiques concernant l'application des mesures visées au paragraphe 3.

#### *Article 4*

##### *Utilisation d'œuvres et d'autres objets protégés dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières*

1. Les États membres prévoient une exception ou une limitation aux droits visés aux articles 2 et 3 de la directive 2001/29/CE, à l'article 5, point a), et à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE, à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2009/24/CE et à l'article 11, paragraphe 1, de la présente directive pour permettre l'utilisation numérique des œuvres et autres objets protégés à seule fin d'illustration dans le cadre de l'enseignement, dans la mesure justifiée par l'objectif non commercial à atteindre, à condition que cette utilisation:
  - (a) ait lieu dans les locaux d'un établissement d'enseignement ou au moyen d'un réseau électronique sécurisé accessible uniquement aux élèves, aux étudiants et au personnel enseignant de cet établissement;
  - (b) s'accompagne d'une indication de la source, notamment le nom de l'auteur, sauf si cela s'avère impossible.
2. Les États membres peuvent prévoir que l'exception adoptée conformément au paragraphe 1 ne s'applique pas de façon générale ou à certains types d'œuvres ou autres objets protégés, si des licences appropriées autorisant les actes décrits au paragraphe 1 peuvent facilement être obtenues sur le marché.

Les États membres qui recourent à la disposition du premier alinéa prennent les mesures nécessaires à la disponibilité et à la bonne visibilité des licences autorisant les actes décrits au paragraphe 1 pour les établissements d'enseignement.

3. L'utilisation des œuvres et autres objets protégés à seule fin d'illustration dans le cadre de l'enseignement au moyen de réseaux électroniques sécurisés, lorsqu'elle a lieu en conformité avec les dispositions de droit interne adoptées en application du présent article, est réputée avoir lieu uniquement dans l'État membre dans lequel l'établissement d'enseignement est établi.
4. Les États membres peuvent prévoir une compensation équitable du préjudice subi par les titulaires de droits du fait de l'utilisation de leurs œuvres ou autres objets protégés au titre du paragraphe 1.

#### *Article 5*

#### *Préservation du patrimoine culturel*

Les États membres prévoient une exception aux droits visés à l'article 2 de la directive 2001/29/CE, à l'article 5, point a), et à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE, à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2009/24/CE et à l'article 11, paragraphe 1, de la présente directive, permettant aux institutions de gestion du patrimoine culturel de réaliser des copies de toute œuvre ou tout autre objet protégé qui se trouve en permanence dans leurs collections, quel que soit sa forme ou son support, à la seule fin de la préservation de ces œuvres et autres objets protégés et dans la mesure nécessaire à cette préservation.

#### *Article 6*

#### *Dispositions communes*

L'article 5, paragraphe 5, et l'article 6, paragraphe 4, premier, troisième et cinquième alinéas, de la directive 2001/29/CE s'appliquent aux exceptions et à la limitation prévues dans le présent titre.

**TITRE III**  
**MESURES VISANT À AMÉLIORER LES PRATIQUES EN MATIÈRE**  
**DE LICENCE ET À ASSURER UN ACCÈS PLUS LARGE AUX**  
**CONTENUS**

**CHAPITRE 1**  
**Œuvres indisponibles dans le commerce**

*Article 7*

*Utilisation d'œuvres indisponibles par les institutions de gestion du patrimoine culturel*

1. Les États membres prévoient que lorsqu'un organisme de gestion collective conclut, au nom de ses membres, un contrat de licence non exclusive à des fins non commerciales avec une institution de gestion du patrimoine culturel, en vue de la numérisation, la distribution, la communication au public ou la mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés indisponibles dans le commerce qui se trouvent en permanence dans la collection de l'institution, cette licence non exclusive peut être étendue, ou présumée s'appliquer, aux titulaires de droits de la même catégorie que ceux couverts par la licence qui ne sont pas représentés par l'organisme de gestion collective, à condition:
  - (a) que l'organisme de gestion collective soit, en vertu de mandats donnés par les titulaires de droits, largement représentatif des titulaires de droits dans la catégorie d'œuvres ou d'autres objets protégés, d'une part, et des droits qui font l'objet du contrat de licence, d'autre part;
  - (b) qu'une égalité de traitement soit garantie à tous les titulaires de droits en ce qui concerne les conditions de la licence;
  - (c) que tous les titulaires de droits puissent, à tout moment, s'opposer à ce que leurs œuvres ou autres objets protégés soient réputés indisponibles et qu'ils puissent exclure l'application de la licence à leurs œuvres ou autres objets protégés.
2. Une œuvre ou un autre objet protégé est réputé indisponible lorsque l'ensemble de l'œuvre ou de l'autre objet protégé, dans toutes ses traductions, versions et manifestations, n'est pas accessible au public par le biais des circuits commerciaux habituels et qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il le devienne.

Après avoir consulté les titulaires de droits, les organismes de gestion collective et les institutions de gestion du patrimoine culturel, les États membres veillent à ce que les critères appliqués pour déterminer si une œuvre ou un autre objet protégé peut faire l'objet d'une licence conformément au paragraphe 1 n'excèdent pas ce qui est nécessaire et raisonnable et n'excluent pas la possibilité de déclarer indisponible une collection dans son ensemble, lorsque l'on peut raisonnablement présumer que toutes les œuvres ou tous les autres objets protégés de la collection sont indisponibles dans le commerce.
3. Les États membres font en sorte que des mesures de publicité appropriées soient prises en ce qui concerne:
  - (a) la déclaration d'indisponibilité dans le commerce des œuvres ou autres objets protégés;



- (b) la licence, et en particulier son application aux titulaires de droits non représentés;
- (c) la faculté d'opposition des titulaires de droits mentionnée au paragraphe 1, point c);

y compris pendant un délai raisonnable avant que les œuvres ou autres objets protégés soient numérisés, distribués, communiqués au public ou mis à disposition.

4. Les États membres veillent à ce que les licences visées au paragraphe 1 soient demandées auprès d'un organisme de gestion collective qui est représentatif de l'État membre dans lequel:
  - (a) les œuvres ou phonogrammes ont été publiés pour la première fois ou, en l'absence de publication, ils ont été radiodiffusés, sauf pour les œuvres cinématographiques et audiovisuelles;
  - (b) les producteurs des œuvres ont leur siège ou leur résidence habituelle, pour les œuvres cinématographiques et audiovisuelles; ou
  - (c) l'institution de gestion du patrimoine culturel est établie, lorsqu'aucun État membre ou pays tiers ne peut être déterminé, après des efforts raisonnables, conformément aux points a) et b).
5. Les paragraphes 1, 2 et 3 ne s'appliquent pas aux œuvres et autres objets protégés de ressortissants de pays tiers, sauf en cas d'application des points a) et b) du paragraphe 4.

#### *Article 8*

##### *Utilisations transfrontières*

1. Les œuvres et autres objets protégés faisant l'objet d'une licence accordée conformément à l'article 7 peuvent être utilisés par l'institution de gestion du patrimoine culturel dans tous les États membres, dans le respect des conditions de la licence.
2. Les États membres veillent à ce que des informations permettant l'identification des œuvres ou autres objets protégés faisant l'objet d'une licence accordée conformément à l'article 7 ainsi que des informations sur la faculté d'opposition des titulaires de droits mentionnée à l'article 7, paragraphe 1, point c), soient accessibles au public, sur un portail internet unique, pendant au moins six mois avant que ces œuvres ou autres objets protégés soient numérisés, distribués, communiqués au public ou rendus disponibles dans des États membres autres que celui dans lequel la licence est accordée, et pendant toute la durée de la licence.
3. Le portail mentionné au paragraphe 2 est mis en place et géré par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle conformément au règlement (UE) n° 386/2012.

#### *Article 9*

##### *Dialogue entre les parties intéressées*

Les États membres veillent à instaurer un dialogue régulier entre des organisations représentant les utilisateurs et les titulaires de droits, et toutes autres organisations de parties intéressées, afin d'accroître, sur une base sectorielle, la pertinence et l'utilité du système de licences visé à l'article 7, paragraphe 1, d'assurer l'efficacité des garanties protégeant les titulaires de droits mentionnées dans le présent chapitre, notamment en ce qui concerne les

mesures de publicité, et, le cas échéant, de contribuer à la définition des critères visés à l'article 7, paragraphe 2, second alinéa.

## **CHAPITRE 2**

### **Disponibilité d'œuvres audiovisuelles sur les plateformes de vidéo à la demande et accès à ces œuvres**

#### *Article 10*

##### *Mécanisme de négociation*

Les États membres veillent à ce que, lorsque des parties qui souhaitent conclure un contrat en vue d'offrir des œuvres audiovisuelles sur des plateformes de vidéo à la demande rencontrent des difficultés en matière de licence de droits, elles puissent demander l'assistance d'un organisme impartial doté de l'expérience adéquate. Ledit organisme apporte son assistance dans la négociation et aide les parties à aboutir à un accord.

**Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux négociations concernant les œuvres et/ou objets protégés représentés par des entités soumises à la directive 2014/26/UE.**

Les États membres communiquent le nom de l'organisme visé au paragraphe 1 à la Commission au plus tard le [date mentionnée à l'article 21, paragraphe 1].

## **TITRE IV**

# **MESURES VISANT À ASSURER LE BON FONCTIONNEMENT DU MARCHÉ DES DROITS D'AUTEUR**

### **CHAPITRE 1**

#### **Droits sur les publications**

##### *Article 11*

###### *Protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations numériques*

1. Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation numérique de leurs publications de presse.
2. Les droits visés au paragraphe 1 laissent intacts et n'affectent en aucune façon les droits conférés par le droit de l'Union aux auteurs et autres titulaires de droits, à l'égard des œuvres et autres objets protégés inclus dans une publication de presse. Ces droits sont inopposables aux auteurs et autres titulaires de droits et, en particulier, ne sauraient les priver de leur droit d'exploiter leurs œuvres et autres objets protégés indépendamment de la publication de presse dans laquelle ils sont inclus.
3. Les articles 5 à 8 de la directive 2001/29/CE et de la directive 2012/28/UE s'appliquent mutatis mutandis aux droits mentionnés au paragraphe 1.
4. Les droits mentionnés au paragraphe 1 expirent 20 ans après la publication de la publication de presse. Cette durée est calculée à partir du 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivant la date de publication.

##### *Article 12*

###### *Demande de compensation équitable*

Les États membres peuvent prévoir que lorsqu'un auteur a cédé ou concédé sous licence un droit à un éditeur, cette cession ou licence constitue un fondement juridique suffisant pour que l'éditeur puisse revendiquer une part de la compensation versée pour les utilisations de l'œuvre faites en vertu d'une exception ou limitation audit droit.

### **CHAPITRE 2**

#### **Utilisations particulières, par des services en ligne, de contenus protégés**

##### *Article 13*

###### *Utilisation de contenus protégés par des prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs*

1. Les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs et qui donnent accès à ces œuvres et autres objets prennent, en coopération avec les titulaires de droits, des mesures destinées à assurer le bon fonctionnement des accords conclus avec les titulaires de droits en ce qui concerne l'utilisation de leurs œuvres ou autres objets protégés ou destinées à empêcher la mise à disposition, par leurs services, d'œuvres ou d'autres objets protégés identifiés par les titulaires de droits en coopération avec les prestataires de services. Ces mesures, telles que le

recours à des techniques efficaces de reconnaissance des contenus, doivent être appropriées et proportionnées. Les prestataires de services fournissent aux titulaires de droits des informations suffisantes sur le fonctionnement et la mise en place des mesures, ainsi que, s'il y a lieu, des comptes rendus réguliers sur la reconnaissance et l'utilisation des œuvres et autres objets protégés.

2. Les États membres veillent à ce que les prestataires de services visés au paragraphe 1 mettent en place des dispositifs de plainte et de recours à l'intention des utilisateurs pour les litiges relatifs à l'application des mesures visées au paragraphe 1.
3. Les États membres favorisent, lorsque c'est utile, la coopération entre les prestataires de services de la société de l'information et les titulaires de droits, grâce à des dialogues entre parties intéressées, afin de définir de bonnes pratiques, telles que les techniques appropriées et proportionnées de reconnaissance des contenus, compte tenu, notamment, de la nature des services, de la disponibilité des outils techniques et de leur efficacité au vu des évolutions technologiques.

### **CHAPITRE 3**

#### **Juste rémunération contractuelle des auteurs, interprètes et exécutants**

##### *Article 14*

##### *Obligation de transparence*

1. Les États membres veillent à ce que les auteurs, interprètes et exécutants reçoivent, régulièrement et compte tenu des spécificités de chaque secteur, des informations appropriées et suffisantes, en temps utile, sur l'exploitation de leurs œuvres et interprétations de la part des personnes auxquelles ils ont cédé ou concédé leurs droits, notamment en ce qui concerne les modes d'exploitation, les recettes générées et la rémunération due.
2. L'obligation énoncée au paragraphe 1 doit être proportionnée et effective et garantir un degré approprié de transparence dans chaque secteur. Toutefois, pour les cas où la charge administrative résultant de l'obligation serait disproportionnée par rapport aux recettes générées par l'exploitation de l'œuvre ou de l'interprétation, les États membres peuvent adapter l'obligation énoncée au paragraphe 1, à condition que cette dernière demeure effective et garantisse un degré approprié de transparence.
3. Les États membres peuvent décider que l'obligation énoncée au paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque la contribution de l'auteur, de l'interprète ou de l'exécutant n'est pas significative par rapport à l'ensemble de l'œuvre ou de l'interprétation.
4. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux entités soumises à l'obligation de transparence établie par la directive 2014/26/UE.

##### *Article 15*

##### *Mécanisme d'adaptation des contrats*

Les États membres veillent à ce que les auteurs, interprètes et exécutants aient le droit de demander, à la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits, une rémunération supplémentaire appropriée lorsque la rémunération initialement convenue est exagérément faible par rapport aux recettes et bénéfices ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou interprétations.

*Article 16*

*Mécanisme de règlement des litiges*

Les États membres prévoient que les litiges relatifs à l'obligation de transparence énoncée à l'article 14 et au mécanisme d'adaptation des contrats visé à l'article 15 pourront être soumis à une procédure volontaire de règlement extrajudiciaire des litiges.

## **TITRE V**

### **DISPOSITIONS FINALES**

#### *Article 17*

#### *Modification d'autres directives*

1. La directive 96/9/CE est modifiée comme suit:
  - (a) À l'article 6, paragraphe 2, le point b) est remplacé par le texte suivant:

«b) lorsqu'il y a utilisation uniquement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, toujours sous réserve d'indiquer la source, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi, sans préjudice des exceptions et de la limitation prévues dans la directive [la présente directive];».
  - (b) À l'article 9, le point b) est remplacé par le texte suivant:

«b) lorsqu'il s'agit d'une extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, toujours sous réserve d'indiquer la source, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi, sans préjudice des exceptions et de la limitation prévues dans la directive [la présente directive];».
2. La directive 2001/29/CE est modifiée comme suit:
  - (a) À l'article 5, paragraphe 2, le point c) est remplacé par le texte suivant:

«c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect, sans préjudice des exceptions et de la limitation prévues dans la directive [la présente directive];».
  - (b) À l'article 5, paragraphe 3, le point a) est remplacé par le texte suivant:

«a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi, sans préjudice des exceptions et de la limitation prévues dans la directive [la présente directive];».
  - (c) À l'article 12, paragraphe 4, les points suivants sont ajoutés:

«e) d'étudier l'incidence de la transposition de la directive [la présente directive] sur le fonctionnement du marché intérieur et de mettre en lumière toute difficulté de transposition;

f) de faciliter l'échange d'informations sur les évolutions législatives et jurisprudentielles correspondantes ainsi que sur l'application pratique des mesures prises par les États membres pour mettre en œuvre la directive [la présente directive];

g) d'examiner toutes les autres questions suscitées par l'application de la directive [la présente directive].»

*Article 18*  
*Application dans le temps*

1. La présente directive s'applique à l'égard de l'ensemble des œuvres et autres objets qui sont protégés par la législation des États membres en matière de droit d'auteur au [date mentionnée à l'article 21, paragraphe 1] ou après cette date.
2. Les dispositions de l'article 11 s'appliquent également aux publications de presse publiées avant le [date mentionnée à l'article 21, paragraphe 1].
3. La présente directive s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le [date mentionnée à l'article 21, paragraphe 1].

*Article 19*  
*Disposition transitoire*

Les contrats de licence ou de cession des droits des auteurs, interprètes et exécutants sont soumis à l'obligation de transparence prévue à l'article 14 à partir de [un an après la date mentionnée à l'article 21, paragraphe 1].

*Article 20*  
*Protection des données à caractère personnel*

Tout traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre de la présente directive est effectué en conformité avec les directives 95/46/CE et 2002/58/CE.

*Article 21*  
*Transposition*

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard [12 mois après son entrée en vigueur]. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.  

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.
2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

*Article 22*  
*Réexamen*

1. Au plus tôt le [cinq ans après la date mentionnée à l'article 21, paragraphe 1], la Commission procède au réexamen de la présente directive et présente un rapport exposant ses principales conclusions au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen.
2. Les États membres fournissent à la Commission les informations nécessaires à l'établissement du rapport mentionné au paragraphe 1.

*Article 23*  
*Entrée en vigueur*

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

*Article 24*  
*Destinataires*

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le

*Par le Parlement européen*  
*Le président*

*Par le Conseil*  
*Le président*





Bruxelles, le 14.9.2016  
COM(2016) 594 final

2016/0284 (COD)

Proposition de

**RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à  
certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions  
d'émissions de télévision et de radio**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

{SWD(2016) 301 final}

{SWD(2016) 302 final}

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### 1. CONTEXTE DE LA PROPOSITION

#### • Justification et objectifs de la proposition

Les technologies numériques facilitent la distribution et l'utilisation des œuvres et autres objets protégés, et 49 % des internautes européens ont déjà accès à de la musique, du contenu audiovisuel et des jeux en ligne<sup>1</sup>. Les radiodiffuseurs et les prestataires de services de retransmission investissent de plus en plus dans le développement des services numériques et en ligne pour la distribution d'émissions de radio et de télévision (TV). Les offres en ligne des radiodiffuseurs comprennent notamment les services de diffusion multisupport (chaînes de TV/radio diffusées en ligne parallèlement à leur radiodiffusion classique par satellite, câble ou voie hertzienne), de télévision de rattrapage<sup>2</sup> et de baladodiffusion (podcast). Malgré la diversité croissante des services en ligne, les émissions des radiodiffuseurs d'un État membre sont encore rarement disponibles en ligne pour les Européens vivant dans d'autres États membres. En outre, selon l'État membre de l'UE dans lequel on se trouve, le choix des chaînes de TV et de radio d'autres États membres fournies par les services de retransmission n'est pas le même.

Les organismes de radiodiffusion diffusent quotidiennement un grand nombre d'émissions culturelles, politiques, d'information, de divertissement ou de documentaires qu'ils acquièrent sous licence auprès de tiers ou qu'ils produisent eux-mêmes. Ces émissions contiennent divers contenus protégés, qu'il s'agisse d'œuvres audiovisuelles, musicales, littéraires ou graphiques, et cela implique un processus complexe d'acquisition des droits et une multitude de titulaires. Souvent, il est nécessaire d'acquérir ces droits dans un délai très court, en particulier lors de la préparation de magazines d'information ou d'actualités. Afin de pouvoir proposer leurs services au-delà des frontières, les organismes de radiodiffusion doivent disposer des droits requis pour les territoires qu'ils souhaitent couvrir et cela complique encore l'acquisition des droits. Pour la radiodiffusion par satellite, l'acquisition des droits a été facilitée par l'application du principe du pays d'origine consacré dans la directive «satellite et câble» (directive 93/83/CEE), laquelle permet aux radiodiffuseurs d'acquérir les droits requis dans un seul État membre. Cette directive ne s'applique pas lorsqu'un radiodiffuseur acquiert des droits pour ses propres services en ligne.

Les prestataires de services de retransmission, qui agrègent un grand nombre de chaînes de TV et de radio en bouquets, rencontrent aussi des difficultés pour acquérir tous les droits nécessaires à la retransmission des émissions de TV et de radio des organismes de radiodiffusion. La directive «satellite et câble» prévoit un régime de gestion collective obligatoire pour les retransmissions par câble, dans tout État membre, d'émissions de TV et de radio d'autres États membres. Ce système, qui facilite l'acquisition des droits, n'est pas étendu aux services de retransmission fournis par d'autres moyens que le câble, sur réseau fermé de communications électroniques, comme IPTV (TV/radio sur réseau IP en circuit fermé). Les prestataires de tels services de retransmission doivent donc supporter une lourde charge en termes d'acquisition de droits pour pouvoir fournir leurs services dans un État membre, en particulier lorsqu'ils retransmettent des émissions de TV et de radio d'autres États membres.

<sup>1</sup> Sources: Eurostat, Enquête communautaire sur l'utilisation des TIC par les ménages et les particuliers, 2014.

<sup>2</sup> Le concept de télévision de rattrapage, qui permet au consommateur de choisir lui-même l'heure à laquelle regarder une émission, repose généralement sur l'acquisition des droits de programmation pour une durée limitée, en principe de 7 à 30 jours après la diffusion de l'émission.

La présente proposition vise, par l'adaptation du cadre juridique de l'Union, à promouvoir la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires aux diffusions et à faciliter la retransmission numérique sur réseau fermé, dans tout État membre, d'émissions de TV et de radio provenant d'autres États membres. En remédiant aux difficultés liées à l'acquisition des droits, elle crée les conditions qui doivent permettre aux radiodiffuseurs et aux prestataires de services de retransmission d'offrir un plus large accès aux programmes de TV et de radio dans toute l'UE. Aussi la présente proposition contribuera-t-elle à donner aux consommateurs d'un État membre accès à davantage d'émissions de TV et de radio provenant d'autres États membres, tant en ce qui concerne les services en ligne accessoires des organismes de radiodiffusion que les services de retransmission. Elle instaure une approche commune à l'Union tout en garantissant un niveau élevé de protection des titulaires de droits. Ce faisant, elle contribue au bon fonctionnement du marché intérieur en tant qu'espace sans frontières intérieures.

- **Cohérence avec les dispositions en vigueur dans le domaine d'action**

La stratégie pour un marché unique numérique<sup>3</sup> propose une série d'initiatives afin de créer un marché unique du contenu et des services numériques. En décembre 2015, la Commission a pris une première mesure avec sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur<sup>4</sup>.

La présente proposition répond à l'un des principaux objectifs définis dans la stratégie pour un marché unique numérique, à savoir permettre aux utilisateurs de toute l'UE de bénéficier d'un plus large accès en ligne aux émissions de TV et de radio. Le fait de promouvoir la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires aux diffusions et de faciliter la retransmission numérique, dans tout État membre, d'émissions de TV et de radio provenant d'autres États membres constitue une mesure importante qui remédie, dans l'intérêt des utilisateurs, à un problème précis concernant l'accès transfrontière au contenu diffusé.

La présente proposition est conforme aux instruments juridiques dans le domaine du droit d'auteur, en particulier aux directives 93/83/CEE, 2001/29/CE, 2006/115/CE et 2014/26/UE. Ces directives, ainsi que la présente proposition, contribuent au bon fonctionnement du marché intérieur, garantissent un niveau élevé de protection des titulaires de droits et facilitent l'acquisition des droits.

La présente proposition contribue également à accroître la dimension transfrontière des services de médias audiovisuels et complète donc la directive 2010/13/UE<sup>5</sup>.

- **Cohérence avec les autres politiques de l'Union**

En vertu de l'article 167 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre des traités. En facilitant l'accès aux émissions de TV et de radio, la présente proposition améliorerait l'accès au contenu culturel, aux actualités et à l'information.

La présente proposition contribue à promouvoir les intérêts des consommateurs en donnant accès, dans tout État membre, à davantage d'émissions de TV et de radio d'autres États membres et elle est donc conforme aux politiques de l'UE dans le domaine de la protection des consommateurs et à l'article 169 du TFUE.

<sup>3</sup> COM(2015) 192 final.

<sup>4</sup> COM(2015) 627 final.

<sup>5</sup> JO L 95 du 15.4.2010, p. 1.

## **2. BASE JURIDIQUE, SUBSIDIARITÉ ET PROPORTIONNALITÉ**

### **• Base juridique**

La présente proposition de règlement est fondée sur l'article 114 du TFUE. Cet article permet à l'Union d'adopter des mesures concernant la mise en place et le fonctionnement du marché intérieur, ce qui comprend notamment la liberté de fournir et de recevoir des services.

L'UE a harmonisé les droits qui sont pertinents pour la diffusion en ligne des œuvres et autres objets protégés ainsi que pour la retransmission d'émissions de TV et de radio (notamment les droits de reproduction, de communication au public et de mise à disposition) dans la directive 2001/29/CE.

La présente proposition de règlement consiste à faciliter l'acquisition des droits pour les services en ligne accessoires des organismes de radiodiffusion en instaurant le principe du pays d'origine, en vertu duquel l'acte relevant du droit d'auteur a lieu uniquement dans l'État membre où l'organisme de radiodiffusion est établi. Elle facilite aussi l'acquisition des droits pour les services de retransmission fournis sur réseau fermé (autre que le câble), en établissant des règles relatives à la gestion collective obligatoire. L'objet de la proposition est de prendre en compte, entre autres, les évolutions technologiques qui impliquent d'adapter le cadre juridique précédemment harmonisé.

L'instrument proposé est un règlement car il est nécessaire que les règles permettent d'atteindre l'objectif de façon uniforme et soient directement applicables.

### **• Subsidiarité (en cas de compétence non exclusive)**

La question traitée par la présente proposition, à savoir offrir aux habitants de l'ensemble de l'Union un accès élargi aux émissions de TV et de radio est, par nature, une question transfrontière. Seul un instrument de l'Union peut établir une règle consistant à appliquer le principe du pays d'origine aux diffusions transfrontières d'émissions de TV et de radio. Concernant l'exercice des droits de retransmission, seul un instrument de l'Union peut permettre de remédier à l'actuel morcellement du marché quant à la façon dont sont gérés les droits pour les services de retransmission numérique, et ainsi garantir une sécurité juridique aux prestataires desdits services. Néanmoins, certaines dispositions spécifiques concernant l'application de la gestion collective obligatoire aux services de retransmission fournis sur réseau fermé devraient être établies par les États membres.

### **• Proportionnalité**

La proposition instaure des mécanismes destinés à faciliter l'acquisition du droit d'auteur et des droits voisins relativement à certains types de diffusion en ligne et de retransmission d'émissions de TV et de radio sur réseau fermé. Il s'agit d'une proposition ciblée qui ne couvre que des segments spécifiques du marché (les services en ligne accessoires des radiodiffuseurs et certains services de retransmission fournis par IPTV et d'autres réseaux de communications électroniques «fermés») tandis que d'autres services (par exemple les services à la demande non liés à une diffusion) restent en dehors de son champ d'application. En outre, la proposition n'oblige pas les organismes de radiodiffusion à fournir leurs services en ligne accessoires au-delà des frontières, ni les prestataires de services de retransmission d'un État membre à offrir des programmes d'autres États membres. La proposition n'empêche pas non plus l'exercice de la liberté contractuelle des parties de limiter l'exploitation des droits concernés par le principe du pays d'origine conformément au droit de l'Union.

Concernant le principe du pays d'origine applicable à l'acquisition des droits pour les services en ligne accessoires des radiodiffuseurs, il localise uniquement les actes relevant du droit d'auteur aux fins de l'exercice de ces droits (par exemple pour obtenir une licence). Par

conséquent, ce principe n'a pas d'incidence sur la localisation des actes relevant du droit d'auteur lorsque les droits n'ont pas été acquis (c'est-à-dire en cas de diffusions non autorisées).

En ce qui concerne les droits de retransmission, la proposition n'a d'incidence que sur l'exercice desdits droits et n'entame en rien ceux-ci. De plus, elle couvre les retransmissions dans un État membre dans la mesure où il s'agit d'émissions de TV et de radio provenant d'autres États membres.

- **Choix de l'instrument**

Un règlement est directement applicable dans les États membres et cet instrument garantit donc une application uniforme des règles dans toute l'Union et leur entrée en vigueur partout en même temps. Cela permettrait de garantir aussi une totale sécurité juridique aux prestataires de services exerçant leur activité sur différents territoires. Les dispositions de la présente proposition étant directement applicables, le morcellement juridique serait évité et on disposerait d'un ensemble harmonisé de règles pour faciliter la fourniture transfrontière d'émissions de TV et de radio en ligne et de services de retransmission.

### **3. RÉSULTATS DES ÉVALUATIONS EX POST, DES CONSULTATIONS DES PARTIES INTÉRESSÉES ET DES ANALYSES D'IMPACT**

- **Évaluations ex post/bilans de qualité de la législation existante**

La Commission a effectué une évaluation de la directive 93/83/CEE<sup>6</sup> et, en particulier, de l'efficacité et de la pertinence du principe du pays d'origine appliqué aux diffusions par satellite et des règles relatives à la gestion collective obligatoire pour les retransmissions par câble. Il est ressorti de l'évaluation que ces mécanismes ont facilité l'acquisition du droit d'auteur et des droits voisins en vue de la radiodiffusion transfrontière d'émissions par satellite et de la retransmission simultanée par câble, dans tout État membre, d'émissions d'autres États membres. Il a toutefois été indiqué que la directive 93/83/CEE, du fait de l'adaptation spécifique de ses dispositions à certaines technologies, ne s'applique pas aux nouvelles technologies numériques ayant fait leur apparition, ces dernières années, pour la diffusion et la retransmission d'émissions de TV et de radio.

- **Consultation des parties intéressées**

Une consultation publique sur le réexamen de la directive 93/83/CEE a été organisée du 24 août au 16 novembre 2015<sup>7</sup>. Les participants étaient invités à s'exprimer sur le fonctionnement des règles relatives à l'acquisition des droits pour les services des radiodiffuseurs par satellite et des câblo-opérateurs, et à évaluer dans quelle mesure il peut être nécessaire d'étendre l'application de ces règles aux diffusions en ligne et aux retransmissions par d'autres moyens que le câble. En outre, la Commission a eu des discussions approfondies avec les parties prenantes [radiodiffuseurs publics et commerciaux, exploitants de réseaux de télécommunications, titulaires de droits et sociétés de gestion collective (SGC)] en 2015-2016 sur des questions relatives aux diffusions en ligne et aux retransmissions d'émissions de TV et de radio.

Les consommateurs sont généralement favorables à une large extension du principe du pays d'origine à l'ensemble des services en ligne, même si certains d'entre eux doutent que ce

<sup>6</sup> Évaluation ex post (REFIT) de la directive «satellite et câble» (93/83/CEE).

<sup>7</sup> Voir le rapport de synthèse concernant les réponses à la consultation publique sur le réexamen de la directive «satellite et câble» <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-public-consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>

mécanisme suffise à assurer un accès transfrontière. Tous les radiodiffuseurs du service public ainsi que les radios commerciales préconisent d'appliquer le principe du pays d'origine aux services en ligne liés aux diffusions. En revanche, les radiodiffuseurs commerciaux, les titulaires de droits et les SGC sont extrêmement réservés concernant l'extension de l'application du principe du pays d'origine car ils estiment qu'elle limiterait leur capacité à accorder des licences sur une base territoriale.

Les consommateurs, les câblo-opérateurs et exploitants de réseaux de télécommunications, les radiodiffuseurs du service public et la grande majorité des SGC sont favorables à une éventuelle extension de la gestion collective obligatoire aux retransmissions simultanées d'émissions de TV et de radio sur d'autres plateformes que le câble. De nombreux SGC et radiodiffuseurs du service public ainsi que certains câblo-opérateurs et exploitants de réseaux de télécommunications insistent sur le fait que l'extension devrait être limitée aux «environnements fermés» qui fonctionnent de façon comparable aux réseaux câblés. La plupart des titulaires de droits sont contre l'extension du régime de gestion collective obligatoire en raison de son éventuel effet perturbateur sur les marchés, et les radiodiffuseurs commerciaux ont également tendance à s'y opposer.

Les mesures prévues par la présente proposition tiennent compte de certaines craintes exprimées par les parties prenantes, notamment en ce qui concerne l'extension du champ d'application du principe du pays d'origine (par exemple les services de vidéo à la demande des radiodiffuseurs en sont exclus et l'intervention ne porte que sur l'acquisition des droits nécessaires aux services en ligne accessoires) et du mécanisme de gestion collective obligatoire des droits (qui est limité aux réseaux fermés).

- **Obtention et utilisation d'expertise**

Des études juridiques<sup>8</sup> et économiques<sup>9</sup> ont été effectuées sur l'application des règles de l'UE en matière de droit d'auteur à l'environnement numérique (eu égard, en particulier, aux diffusions en ligne et retransmissions sur réseau numérique). En outre, une étude a été réalisée en 2015-2016 à l'appui de l'évaluation de la directive «satellite et câble» et de son éventuelle extension<sup>10</sup>.

- **Analyse d'impact**

Une analyse d'impact a été réalisée pour la présente proposition<sup>11</sup>. Le 22 juillet 2016, le comité d'examen de la réglementation a émis un avis favorable, étant entendu que l'analyse d'impact serait encore améliorée<sup>12</sup>. L'analyse d'impact finale tient compte des observations contenues dans cet avis.

<sup>8</sup> Étude sur l'application de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (voir en particulier la partie sur la «retransmission de contenu protégé par le droit d'auteur sur les réseaux numériques»): [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/index_fr.htm);

*Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions:* [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/141219-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/141219-study_en.pdf)

<sup>9</sup> *Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU:* [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/1403\\_study1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study1_en.pdf)

<sup>10</sup> Étude et collecte de données à l'appui de l'évaluation de la directive 93/83/CEE «satellite et câble» et de son éventuelle extension, 2016 [Indiquer la référence lors de sa publication].

<sup>11</sup> Indiquer le lien vers l'analyse d'impact et le résumé.

<sup>12</sup> Indiquer le lien vers l'avis du comité d'examen de la réglementation.

L'analyse d'impact a consisté à examiner deux séries d'options stratégiques visant à faciliter l'acquisition des droits (i) pour les diffusions en ligne d'émissions de TV et de radio; et (ii) pour les retransmissions numériques d'émissions de TV et de radio.

En ce qui concerne les diffusions en ligne d'émissions de TV et de radio, trois options stratégiques ont été examinées en plus du scénario de référence. Une option non législative (option 1), consistant à promouvoir des accords volontaires pour faciliter l'acquisition des droits pour certains services en ligne des radiodiffuseurs, n'a pas été retenue car son effet dépendrait de la volonté des parties prenantes d'accorder des licences et ne garantirait pas l'homogénéité du régime d'octroi de licences. L'application du principe du pays d'origine aux diffusions en ligne a été examinée selon deux options législatives: selon l'option 2, le champ d'application était limité aux services en ligne des radiodiffuseurs qui sont accessoires aux diffusions initiales (notamment les services de diffusion multisupport et de rattrapage); selon l'option 3, l'application était étendue aux transmissions en ligne qui ne sont pas liées à une diffusion (services de diffusion sur le web). L'option 2 permettrait de réduire sensiblement les coûts de transaction supportés par les radiodiffuseurs souhaitant proposer leurs émissions en ligne et au-delà des frontières. L'option 3 aurait en principe pour effet de faire aussi bénéficier les webdiffuseurs de cet avantage; toutefois, eu égard au fait que le marché de la webdiffusion en est encore au stade du développement et que les exploitants en ligne peuvent aisément délocaliser leur établissement dans l'UE, elle serait également source d'insécurité juridique pour les titulaires de droits et pourrait entraîner une baisse du niveau de protection. L'option 3 a donc été rejetée et c'est l'application du principe du pays d'origine uniquement à certains services en ligne bien précis des radiodiffuseurs (option 2) qui a été jugée plus appropriée. En réduisant les coûts de transaction liés aux diffusions transfrontières, cette option ouvrira de nouvelles perspectives pour les radiodiffuseurs qui souhaitent offrir leurs services en ligne au-delà des frontières, en particulier s'agissant de contenu non soumis à l'exclusivité territoriale. Selon cette option, les titulaires de droits et les radiodiffuseurs conservent la possibilité d'accorder des licences sur une base territoriale, sous réserve des exigences prévues par le droit national et de l'UE.

En ce qui concerne les retransmissions numériques d'émissions de TV et de radio, deux options stratégiques ont été examinées en plus du scénario de référence. Selon l'option 1, le champ d'application de la gestion collective obligatoire des droits était limité aux services de retransmission par IPTV et autres services de retransmission fournis sur réseau de communications électroniques «fermé» tandis que, selon l'option 2, il englobait aussi les services de retransmission par contournement pour autant qu'ils soient fournis à un nombre défini d'utilisateurs. L'option 2 permettrait à davantage de services de retransmission de bénéficier de la réduction des coûts de transaction liés à l'acquisition de droits, mais elle risquerait aussi de compromettre les stratégies des titulaires de droits en matière d'exclusivité des droits en ligne et de distribution, provoquant ainsi une diminution des recettes tirées des licences. L'option 1 ne présente pas ce risque car la plupart des services de retransmission fournis sur réseau de communications électroniques «fermé» reposent sur des infrastructures bien établies, situées sur un territoire précis, et elle a été retenue comme option privilégiée. Elle devrait permettre d'élargir le choix des consommateurs en termes de services de retransmission, dans tout État membre, d'émissions de TV et de radio d'autres États membres.

La proposition devrait donner des résultats positifs en termes de coûts-bénéfices. Les coûts de transaction liés à l'acquisition de droits devraient baisser, contribuant ainsi à étoffer le choix proposé aux consommateurs sans effet perturbateur pour les titulaires de droits. De plus, la proposition pourrait offrir à ceux-ci de nouvelles possibilités d'octroi de licences et donc de recettes supplémentaires.

- **Adéquation de la réglementation et simplification**

La proposition permettra de réduire les coûts de transaction supportés par les radiodiffuseurs ainsi que par les prestataires de services de retransmission et aurait donc un effet positif pour les PME de ce secteur d'activité. Elle devrait aussi être avantageuse pour les titulaires de droits, en particulier les titulaires de droits individuels, les micro-entreprises et les PME qui n'ont pas les moyens de négocier des accords de licence individuels avec une multitude de prestataires de services sur différents territoires. Aussi n'a-t-il pas été jugé nécessaire de prévoir des dérogations pour les micro-entreprises ou des mesures d'atténuation en faveur des PME.

Les nouvelles évolutions technologiques ont été soigneusement étudiées et prises en compte dans la présente proposition, laquelle est axée sur les diffusions en ligne et les retransmissions numériques d'émissions de TV et de radio. Certains types de services de diffusion en ligne et de retransmission ont été exclus du champ d'application de la présente proposition, principalement en raison de l'incertitude résultant de l'évolution actuelle du marché et du caractère émergent desdits services.

- **Droits fondamentaux**

En instaurant les régimes d'octroi de licences applicables à certains types de diffusion en ligne transfrontière et de retransmission sur réseau fermé, la proposition aura une incidence limitée sur le droit d'auteur en tant que droit de propriété et sur la liberté d'entreprise garantis par les articles 17 et 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En même temps, la proposition aura une incidence positive sur la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la charte, car elle développera la fourniture transfrontière et la réception, dans tout État membre, d'émissions de TV et de radio provenant d'autres États membres.

#### **4. INCIDENCE BUDGÉTAIRE**

La proposition n'a pas d'incidence sur le budget de l'Union européenne.

#### **5. AUTRES ÉLÉMENTS**

- **Plans de mise en œuvre et modalités de suivi, d'évaluation et d'information**

Il conviendrait de procéder à la première collecte de données lorsque le règlement entrera en vigueur afin d'établir la ligne de référence en vue des évaluations futures. Les données étant ensuite recueillies tous les deux à trois ans, l'exercice de suivi porterait sur les progrès accomplis relativement à la disponibilité transfrontière des émissions de TV et de radio.

Conformément à l'article 6 de la proposition, la Commission effectuera un réexamen du règlement, dont elle présentera les principales conclusions dans un rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen. Ce rapport comprendra une analyse des effets du règlement sur l'accessibilité transfrontière des services en ligne accessoires. Le réexamen sera réalisé selon les lignes directrices pour une meilleure réglementation de la Commission.

- **Explication détaillée des différentes dispositions de la proposition**

L'article 1<sup>er</sup> définit les services couverts par les mesures (notamment les «services en ligne accessoires» et les services de «retransmission»). Ces définitions s'appliqueront de façon uniforme dans l'Union.

L'article 2 dispose que les actes relevant du droit d'auteur nécessaires à la fourniture d'un service en ligne accessoire ont lieu uniquement dans l'État membre où l'organisme de



radiodiffusion est établi. La notion d'«établissement principal» d'un organisme de radiodiffusion serait conforme au droit de l'Union.

Les articles 3 et 4 régissent l'exercice du droit de retransmission couvert par la proposition. Ils établissent des règles qui sont similaires à celles énoncées aux articles 9 et 10 de la directive 93/83/CEE concernant les retransmissions par câble. L'article 3 laisse aux États membres une certaine latitude comme dans le cas des retransmissions par câble en vertu de la directive 93/83/CEE. Les articles 3 et 4 comportent des dispositions sur la gestion collective obligatoire du droit d'auteur et des droits voisins pertinents pour la retransmission, sur les présomptions légales de représentation par les sociétés de gestion collective et sur l'exercice, par les organismes de radiodiffusion, du droit de retransmission par câble.

L'article 5 établit des dispositions transitoires.

L'article 6 dispose que la Commission effectue un réexamen du règlement, dont elle présente les principales conclusions dans un rapport. Il impose aux États membres de communiquer à la Commission toutes les informations nécessaires à l'établissement du rapport.

L'article 7 établit les dispositions finales, à savoir la date d'entrée en vigueur du règlement et la date à partir de laquelle celui-ci sera applicable.

Proposition de

**RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**

**établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,  
vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 114,  
vu la proposition de la Commission européenne,  
après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,  
vu l'avis du Comité économique et social européen<sup>13</sup>,  
vu l'avis du Comité des régions<sup>14</sup>,  
statuant conformément à la procédure législative ordinaire,  
considérant ce qui suit:

- (1) Afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de prévoir, dans l'intérêt des usagers, une plus large diffusion, dans tout État membre, d'émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres en facilitant l'octroi de licences de droit d'auteur et de droits voisins sur les œuvres et autres objets protégés contenus dans ces émissions. En effet, les émissions de télévision et de radio constituent un moyen important de promouvoir la diversité culturelle et linguistique, la cohésion sociale et l'accès à l'information.
- (2) Le développement des technologies numériques et d'Internet a modifié la façon dont les émissions de télévision et de radio sont distribuées et utilisées. Les utilisateurs s'attendent de plus en plus à avoir accès à de telles émissions à la fois en direct et à la demande, par des moyens classiques comme le satellite ou le câble et aussi par des services en ligne. Aussi les organismes de radiodiffusion offrent-ils de plus en plus, outre leurs propres diffusions d'émissions de télévision et de radio, des services en ligne accessoires à ces diffusions, comme les services de diffusion multisupport et de télévision de rattrapage. Les prestataires de services de retransmission, qui agrègent des émissions de TV et de radio en bouquets et les fournissent aux utilisateurs en même temps que la diffusion initiale des émissions, dans une version inchangée et intégrale, utilisent diverses techniques de retransmission comme le câble, le satellite, le numérique hertzien, les réseaux IP en circuit fermé ou mobiles ainsi que l'Internet ouvert. Les utilisateurs sont de plus en plus nombreux à souhaiter accéder à des émissions de télévision et de radio non seulement créées dans leur État membre, mais aussi provenant d'autres États membres, notamment lorsqu'ils appartiennent à des

<sup>13</sup> JO C du , p. .

<sup>14</sup> JO C du , p. .

minorités linguistiques de l'Union ou qu'ils vivent dans un autre État membre que leur État membre d'origine.

- (3) Un certain nombre d'obstacles entravent la fourniture de services en ligne accessoires aux diffusions et la fourniture de services de retransmission, et donc la libre circulation des émissions de télévision et de radio à l'intérieur de l'Union. Les organismes de radiodiffusion diffusent quotidiennement de nombreuses heures d'émissions culturelles, politiques, d'information, de divertissement ou de documentaires. Ces émissions contiennent divers contenus, qu'il s'agisse d'œuvres audiovisuelles, musicales, littéraires ou graphiques, qui sont protégés par le droit d'auteur et/ou des droits voisins en vertu du droit de l'Union. Il en résulte un processus complexe d'acquisition des droits auprès d'une multitude de titulaires et pour différentes catégories d'œuvres et autres objets protégés. Souvent, il est nécessaire d'acquérir ces droits dans un délai très court, en particulier lors de la préparation de magazines d'information ou d'actualités. Afin de pouvoir proposer leurs services en ligne au-delà des frontières, les organismes de radiodiffusion doivent disposer des droits requis sur les œuvres et autres objets protégés pour tous les territoires qu'ils souhaitent couvrir, ce qui complique encore l'acquisition des droits.
- (4) Les prestataires de services de retransmission, qui offrent généralement une multiplicité de programmes exploitant un grand nombre d'œuvres et autres objets protégés inclus dans les émissions de télévision et de radio retransmises, disposent d'un délai très court pour obtenir les licences nécessaires et supportent donc aussi une charge importante en termes d'acquisition de droits. Il y a aussi un risque que les titulaires de droits voient leurs œuvres et autres objets protégés être exploités sans autorisation ou sans versement d'une rémunération.
- (5) Les droits sur les œuvres et autres objets protégés sont harmonisés, en particulier, par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>15</sup> et la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil<sup>16</sup>.
- (6) La directive 93/83/CEE du Conseil<sup>17</sup> facilite la radiodiffusion transfrontière d'émissions par satellite et la retransmission par câble, dans tout État membre, d'émissions de télévision et de radio d'autres États membres de l'Union. Toutefois, les dispositions de cette directive sur les diffusions d'organismes de radiodiffusion sont limitées aux diffusions par satellite et ne s'appliquent donc pas aux services en ligne accessoires aux diffusions, tandis que les dispositions concernant les retransmissions d'émissions de télévision et de radio d'autres États membres sont limitées à la retransmission simultanée, inchangée et intégrale par câble ou par système à ondes ultracourtes et ne s'étendent pas aux retransmissions à l'aide d'autres technologies.
- (7) Par conséquent, la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires aux diffusions et la retransmission, dans tout État membre, d'émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres devraient être facilitées par l'adaptation du

<sup>15</sup> 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, JO L 167 du 22.6.2001, p. 10.

<sup>16</sup> Directive 2006/115/CE 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 du 27.12.2006, p. 28.

<sup>17</sup> Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, JO L 248 du 6.10.1993, p. 15.

cadre juridique sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins relativement à ces activités.

- (8) Les services en ligne accessoires couverts par le présent règlement sont les services offerts par les organismes de radiodiffusion, qui ont un lien manifeste de dépendance par rapport à la diffusion. Il s'agit notamment des services donnant accès à des émissions de télévision et de radio de manière linéaire en même temps qu'elles sont diffusées, et des services donnant accès, pendant une période de temps définie après la diffusion, à des émissions de télévision et de radio qui ont été précédemment diffusées par l'organisme de radiodiffusion (services dits de rattrapage). En outre, les services en ligne accessoires comprennent les services qui donnent accès à du matériel qui enrichit ou prolonge de quelque autre façon les émissions de télévision et de radio diffusées par l'organisme de radiodiffusion, y compris en permettant de prévisualiser, d'étoffer, de compléter ou de revoir le contenu de l'émission en question. La fourniture d'un accès à des œuvres individuelles ou autres objets protégés qui ont été intégrés dans une émission de télévision ou de radio ne devrait pas être considérée comme un service en ligne accessoire. De même, la fourniture d'un accès à des œuvres ou autres objets protégés indépendamment de leur diffusion, notamment par les services donnant accès à des œuvres musicales ou audiovisuelles individuelles, des albums de musique ou des vidéos, ne relève pas de la définition de service en ligne accessoire.
- (9) Afin de faciliter l'acquisition des droits en vue de la fourniture transfrontière d'un service en ligne accessoire, il est nécessaire de prévoir l'instauration du principe du pays d'origine en ce qui concerne l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins relativement aux actes se produisant au cours de la fourniture d'un tel service, de l'accès à celui-ci ou de son utilisation. Ce principe devrait s'appliquer exclusivement aux relations entre les titulaires de droits (ou les entités qui les représentent, comme les sociétés de gestion collective) et les organismes de radiodiffusion et uniquement aux fins de la fourniture du service en ligne accessoire, de l'accès à celui-ci ou de son utilisation. Le principe du pays d'origine ne devrait pas s'appliquer à la communication au public ni à la reproduction ultérieures d'un contenu qui est protégé par le droit d'auteur ou des droits voisins et intégré au service en ligne accessoire.
- (10) Étant donné que la fourniture d'un service en ligne accessoire, l'accès à celui-ci et son utilisation sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre où l'organisme de radiodiffusion a son établissement principal alors que, en fait, ledit service peut être fourni dans d'autres États membres, il est nécessaire de faire en sorte que les parties, au moment de déterminer la rémunération correspondant aux droits en question, prennent en compte tous les aspects du service en ligne accessoire, tels que les caractéristiques du service, l'audience, y compris l'audience dans l'État membre où l'organisme de radiodiffusion a son établissement principal et dans les autres États membres où le service est accessible et utilisé, et la version linguistique.
- (11) En vertu du principe de la liberté contractuelle, il sera possible de continuer à limiter l'exploitation des droits concernés par le principe du pays d'origine énoncé dans le présent règlement, surtout s'agissant de certains moyens techniques de transmission ou de certaines versions linguistiques, pourvu que de telles limitations soient conformes au droit de l'Union.
- (12) Les prestataires de services de retransmission par satellite, numérique hertzien, réseaux IP en circuit fermé, mobiles et similaires, fournissent des services qui sont équivalents à ceux des prestataires de services de retransmission par câble lorsqu'ils relayent simultanément, dans une version inchangée et intégrale et à destination du

public d'un État membre, la diffusion initiale d'émissions de télévision et de radio à partir d'un autre État membre, si cette diffusion initiale est effectuée par fil ou sans fil, y compris par satellite mais non par transmission en ligne, et destinée à être reçue par le public. Ils devraient donc entrer dans le champ d'application du présent règlement et bénéficier du mécanisme instaurant la gestion collective obligatoire des droits. Les services de retransmission proposés sur l'Internet ouvert devraient être exclus du champ d'application du présent règlement car ils présentent des caractéristiques différentes. Ils ne sont liés à aucune infrastructure spécifique et les possibilités qu'ils offrent de garantir un environnement contrôlé sont limitées si on les compare, par exemple, aux services offerts sur réseaux câblés ou IP en circuit fermé.

- (13) Afin de procurer une sécurité juridique aux prestataires de services de retransmission offerts par satellite, par numérique hertzien ou sur réseaux IP en circuit fermé, mobiles et similaires, et de remédier aux disparités des droits nationaux concernant ces services, il conviendrait d'appliquer à ceux-ci des règles similaires à celles qui s'appliquent à la retransmission par câble, telles que définies dans la directive 93/83/CEE. Les règles établies par ladite directive comprennent l'obligation d'exercer le droit d'accorder ou de refuser l'autorisation à un prestataire de service de retransmission par l'intermédiaire d'une société de gestion collective. Cela est sans préjudice de la directive 2014/26/UE<sup>18</sup> et, en particulier, de ses dispositions relatives aux droits des titulaires de droits en ce qui concerne le choix d'une société de gestion collective.
- (14) Les droits détenus par les organismes de radiodiffusion eux-mêmes sur leurs propres diffusions, y compris les droits sur le contenu des émissions, devraient être exemptés de l'obligation de gestion collective des droits applicables aux retransmissions. Les prestataires de services de retransmission et les organismes de radiodiffusion entretiennent généralement des relations commerciales suivies. De ce fait, l'identité des derniers est connue des premiers et l'acquisition des droits auprès des organismes de radiodiffusion est donc comparativement plus simple. Aussi les prestataires de services de retransmission ne supportent-ils pas la même charge pour obtenir les licences nécessaires des organismes de radiodiffusion que pour obtenir les licences des titulaires de droits sur des œuvres et autres objets protégés inclus dans les émissions de télévision et de radio retransmises. Par conséquent, il est inutile de simplifier le processus d'octroi de licences en ce qui concerne les droits détenus par des organismes de radiodiffusion.
- (14bis) Les prestataires offrant des services sur des réseaux câblés ou par des systèmes de diffusion par ondes ultracourtes, sur des réseaux numériques hertziens, sur des réseaux IP en circuit fermé ou sur des réseaux mobiles et réseaux similaires, sont également dans une situation similaire à celle des prestataires de services de retransmission par câble lorsqu'ils distribuent à destination du public simultanément, dans une version inchangée et intégrale, des émissions de télévision ou de radio qui leur sont transmises pour réception par le public à partir d'un autre Etat membre par une ligne de point à point privée - par fil ou sans fil, y compris par satellite - de telle sorte que les signaux porteurs de programmes ne puissent pas être captés par le grand public pendant cette transmission. Dans une telle situation d'injection directe, ils devraient donc aussi être inclus dans le champ d'application du présent règlement et bénéficier du mécanisme

<sup>18</sup> Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, JO L 84 du 20.3.2014, p. 72.

instaurant la gestion collective obligatoire des droits à l'exception, comme mentionné au considérant 14, des droits détenus par les organismes de radiodiffusion eux-mêmes.

Les organismes de radiodiffusion ne devraient pas bénéficier d'un tel régime de gestion collective obligatoire. Ces organismes de radiodiffusion ont toutefois besoin d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour les actes uniques et indivisibles de communication au public et de mise à la disposition du public, tels que définis à l'article 3 de la Directive 2001/29/CE, qu'ils accomplissent ensemble avec les prestataires de services avec lesquels ils sont conjointement responsables. Les organismes de radiodiffusion ont en effet généralement connaissance de l'identité des titulaires de droits des œuvres et objets protégés inclus dans leurs programmes. Il en découle que l'obtention des autorisations nécessaires est relativement simple. Par conséquent, une simplification de la procédure d'octroi des autorisations n'est pas nécessaire s'agissant de ces organismes de radiodiffusion.

- (15) Afin d'éviter que quiconque contourne l'application du principe du pays d'origine en prolongeant la durée des accords actuels concernant l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins relativement à la fourniture d'un service en ligne accessoire ainsi qu'à l'accès à celui-ci ou à son utilisation, il est nécessaire d'appliquer le principe du pays d'origine également aux accords actuels mais avec une période transitoire.
- (16) Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Même si l'obligation de gestion collective pour l'exercice du droit de communication au public en ce qui concerne les services de retransmission peut avoir une incidence sur l'exercice des droits des titulaires de droits, il est nécessaire de poser une telle condition de façon ciblée sur des services précis et afin de permettre une plus large diffusion transfrontière des émissions de télévision et de radio en facilitant l'acquisition de ces droits.
- (17) Afin d'atteindre l'objectif de promouvoir la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires et de faciliter la retransmission, dans tout État membre, d'émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres, il convient d'adopter un règlement qui s'applique directement dans les États membres. Un règlement est nécessaire pour garantir une application uniforme des règles dans tous les États membres et leur entrée en vigueur simultanée pour toutes les diffusions et retransmissions concernées. Le fait qu'un règlement soit directement applicable limite le morcellement juridique et procure une plus grande uniformité en instaurant un ensemble harmonisé de règles qui favorisent la libre circulation, dans tout État membre, d'émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres.
- (18) Il convient de procéder à un réexamen du règlement lorsque celui-ci aura été appliqué pendant un certain temps afin de déterminer, entre autres, dans quelle mesure il a contribué à accroître la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires dans l'intérêt des consommateurs européens et donc aussi la diversité culturelle dans l'Union.
- (19) Étant donné que l'objectif du présent règlement, à savoir promouvoir la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires et faciliter la retransmission, dans tout État membre, d'émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres, ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison de ses dimensions et de ses effets, l'être mieux au niveau de l'Union, celle-ci

peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif. En ce qui concerne la fourniture transfrontière de services en ligne accessoires, le présent règlement instaure des mécanismes pour faciliter l'acquisition du droit d'auteur et des droits voisins. Le présent règlement n'oblige pas les organismes de radiodiffusion à fournir de tels services au-delà des frontières, ni les prestataires de services de retransmission à intégrer, dans les services qu'ils fournissent dans un État membre, des émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres. Le présent règlement concerne uniquement l'exercice de certains droits de retransmission dans la mesure nécessaire pour simplifier l'octroi de licences de droit d'auteur et de droits voisins en vue de la fourniture des services correspondants dans tout État membre et uniquement lorsqu'il s'agit d'émissions de télévision et de radio provenant d'autres États membres,

ONT ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

*Article premier*  
*Définitions*

Aux fins du présent règlement, on entend par:

- (a) «service en ligne accessoire» un service en ligne consistant en la fourniture au public, par un organisme de radiodiffusion ou sous son contrôle et sa responsabilité, d'émissions de radio ou de télévision en même temps qu'elles sont diffusées, ou pendant une période de temps définie après leur diffusion, par l'organisme de radiodiffusion, ainsi que de tout matériel, produit par ou pour l'organisme de radiodiffusion, qui est accessoire à cette diffusion;
- (b) «retransmission» l'action, autre que la retransmission par câble telle que définie dans la directive 93/83/CEE et que la retransmission fournie par un service d'accès à Internet telle que définie dans le règlement (UE) n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil<sup>19</sup>, de relayer simultanément, dans une version inchangée et intégrale et à destination du public d'un État membre, la diffusion initiale, à partir d'un autre État membre, par fil ou sans fil, y compris par satellite mais non par transmission en ligne, d'émissions de télévision et de radio destinées au public, pourvu que cette action soit réalisée par une partie autre que l'organisme de radiodiffusion qui a effectué la diffusion initiale ou sous le contrôle et la responsabilité duquel cette diffusion a été effectuée.
- (c) « injection directe » un processus en deux étapes dans le cadre duquel les organismes de radiodiffusion transmettent leurs signaux porteurs de programmes à des prestataires de services pour réception par le public, la transmission s'effectuant par une ligne de point à point privée – par fil ou sans fil, y compris par satellite - de telle sorte que les signaux porteurs de programmes ne puissent pas être captés par le grand public durant cette transmission. Les prestataires de services, quant à eux, offrent ces programmes au public simultanément, dans une version inchangée et intégrale, afin que celui-ci les regarde ou les écoute, sur les réseaux câblés ou par système de

<sup>19</sup> Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JO L 310 du 26.11.2015, p. 1.

diffusion par ondes ultracourtes, sur les réseaux numériques hertziens, sur les réseaux IP en circuit fermé ou sur les réseaux mobiles et réseaux similaires.

#### Article 2

##### *Application du principe du pays d'origine aux services en ligne accessoires*

- (1) Les actes de communication au public et de mise à disposition se produisant lors de la fourniture d'un service en ligne accessoire, par un organisme de radiodiffusion ou sous son contrôle et sa responsabilité, ainsi que les actes de reproduction nécessaires à la fourniture dudit service, à l'accès à celui-ci ou à son utilisation, sont, aux fins de l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins relativement à ces actes, réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre où l'organisme de radiodiffusion a son établissement principal.
- (2) Lors de la détermination de la rémunération correspondant aux droits soumis au principe du pays d'origine énoncé au paragraphe 1, les parties prennent en compte tous les aspects du service en ligne accessoire, tels que les caractéristiques dudit service, l'audience et la version linguistique.

#### Article 3

##### *Exercice, par les titulaires de droits autres que les organismes de radiodiffusion, des droits sur la retransmission*

- (1) Les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins autres que les organismes de radiodiffusion ne peuvent exercer leur droit d'accorder ou de refuser l'autorisation d'une retransmission que par l'intermédiaire d'une société de gestion collective.
- (2) Lorsqu'un titulaire n'a pas confié la gestion du droit visé au paragraphe 1 à une société de gestion collective, la société de gestion collective qui gère des droits de la même catégorie pour le territoire de l'État membre pour lequel le prestataire du service de retransmission souhaite acquérir des droits de retransmission est réputée être chargée de gérer le droit au nom de ce titulaire.
- (3) Lorsque plusieurs sociétés de gestion collective gèrent des droits de cette catégorie pour le territoire de l'État membre en question, le titulaire est libre de choisir la société de gestion collective qui est réputée être chargée de gérer son droit. ~~Si, dans une telle situation, le titulaire ne choisit pas de société de gestion collective, il appartient à l'État membre pour le territoire duquel le prestataire du service de retransmission souhaite acquérir des droits de retransmission d'indiquer laquelle des sociétés de gestion collective est réputée être chargée de gérer le droit de ce titulaire.~~
- (4) Le titulaire a, dans le cadre du contrat entre le prestataire du service de retransmission et la société de gestion collective qui est réputée être chargée de gérer son droit, les mêmes droits et obligations que les titulaires qui ont chargé cette société de défendre leurs droits et il peut revendiquer ces droits dans un délai, à fixer par l'État membre concerné, dont la durée n'est pas inférieure à trois ans à compter de la date de la retransmission de l'émission incluant son œuvre ou un autre objet protégé.
- (5) Un État membre peut prévoir que, lorsqu'un titulaire autorise la diffusion initiale sur son territoire d'une œuvre ou d'un autre élément protégé, il est réputé accepter de ne pas exercer ses droits sur la retransmission à titre individuel et de les exercer conformément au présent règlement.



### *Article 3bis*

#### *Exercice par les titulaires de droits autres que les organismes de radiodiffusion, des droits dans le cadre d'une injection directe*

L'article 3 s'applique aux prestataires de services qui, dans le cadre d'une injection directe, transmettent les programmes des organismes de radiodiffusion, en provenance d'un autre Etat membre, au public afin que celui-ci les écoute ou les regarde. Il ne s'applique cependant pas à ces organismes de radiodiffusion. Ces organismes de radiodiffusion devront, comme les prestataires de services avec lesquels ils sont conjointement responsables, obtenir une autorisation auprès des titulaires de droits concernés pour les actes uniques et indivisibles de communication au public et de mise à la disposition du public, tels que définis à l'article 3 de la Directive 2001/29/CE, qu'ils accomplissent.

### *Article 4*

#### *Exercice, par les organismes de radiodiffusion, des droits sur la retransmission*

L'article 3 ne s'applique pas aux droits exercés par un organisme de radiodiffusion sur ses propres diffusions, indépendamment du fait que les droits en question lui appartiennent ou qu'ils lui aient été cédés par d'autres titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins.

### *Article 5*

#### *Disposition transitoire*

Les accords sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins relativement aux actes de communication au public et de mise à disposition se produisant au cours de la fourniture d'un service en ligne accessoire ainsi qu'aux actes de reproduction nécessaires à la fourniture d'un tel service, à l'accès à celui-ci ou à son utilisation qui sont en vigueur le [date visée à l'article 7, paragraphe 2, à ajouter par l'OPOCE] sont soumis à l'article 2 à partir du [date visée à l'article 7, paragraphe 2, + 2 ans, à ajouter par l'OPOCE] s'ils expirent après cette date.

### *Article 6*

#### *Réexamen*

- (1) Au plus tard le [3 ans après la date visée à l'article 7, paragraphe 2, à ajouter par l'OPOCE], la Commission procède au réexamen du présent règlement, dont elle présente les principales conclusions dans un rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen.
- (2) Les États membres communiquent à la Commission toutes les informations nécessaires à l'établissement du rapport visé au paragraphe 1.

### *Article 7*

#### *Dispositions finales*

- (1) Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.
- (2) Il s'applique à partir du [6 mois après la date de sa publication, à ajouter par l'OPOCE].

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le

*Par le Parlement européen*  
*Le président*

*Par le Conseil*  
*Le président*

**Annexe 5 : tableau synthétique de la jurisprudence de la CJUE  
relative au droit de communication au public**

Affaire	Type d'exploitation	Directive	DCP	Points-clés
<p align="center"><b>SGAE</b> (Rafael Hoteles) 7 déc. 2006 C-306/05</p>	<p>Retransmission dans des chambres d'hôtel d'œuvres radiodiffusées (œuvres musicales contenues dans des programmes de télévision)</p>	<p>2001/29 Art. 3 § 1</p>	<p>Oui</p>	<p><b>Acte de communication : distribuer un signal</b> au moyen d'appareils de télévision.  <b>Public</b> : nombre <b>indéterminé</b> de téléspectateurs potentiels - nombre de personnes <b>assez important</b> avec <b>effets cumulatifs</b>.  <b>Public nouveau</b> (déduit de l'ancien guide de la Convention de Berne - condition surabondante ?) : celui qui accède aux œuvres grâce à « <i>l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients.</i> »  <b>Caractère lucratif</b> : condition de l'acte ? (non tranché) - établi en l'espèce.</p>
<p align="center"><b>Organismos</b> 18 mars 2010 C-136/09</p>	<p>Retransmission dans des chambres d'hôtel d'œuvres radiodiffusées (œuvres audiovisuelles contenues dans des programmes de télévision)</p>	<p>2001/29 Art. 3 § 1</p>	<p>Oui</p>	<p><b>Acte de communication : rendre délibérément accessible</b> l'œuvre protégée.  Interprétation du <b>considérant 27</b> : « <i>la simple fourniture d'installations physiques (...) doit s'entendre comme la seule activité de vente ou de location d'appareils de télévision exercée par des entreprises spécialisées.</i> »  <b>Public nouveau</b> : condition nécessaire.  Défini (i) par référence au public pris en compte dans le cadre de l'autorisation d'origine, (ii) (comme SGAE) celui qui accède aux œuvres grâce à « <i>l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients.</i> »</p>
<p align="center"><b>Premier League</b> (FAPL) 4 oct. 2011 C-403/08, C-429/08</p>	<p>Retransmission aux clients d'un pub d'une émission télévisée (matches de football) au moyen d'un téléviseur et de haut-parleurs</p>	<p>2001/29 Art. 3 § 1</p>	<p>Oui</p>	<p><b>Exigence d'unité et de cohérence de l'ordre juridique de l'Union</b> : « <i>les notions utilisées par l'ensemble de ces directives [2001/29, 92/100, 2006/115] doivent avoir la même signification, à moins que le législateur de l'Union n'ait exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente.</i> »  <b>Notion de communication</b> : doit être entendue « <i>de manière large comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé.</i> »  <b>Acte de communication</b> : « <i>transmettre délibérément des œuvres radiodiffusées, au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs.</i> »  <b>Public nouveau</b> = « <i>public supplémentaire</i> » non « <i>pris en considération par les auteurs lors de l'autorisation de la radiodiffusion de leurs œuvres.</i> »  <b>Public non présent au lieu d'origine</b> de la communication (cons. 23) : lorsqu'il n'est pas « <i>en contact physique et direct</i> avec l'acteur ou l'exécutant [des] œuvres ». <b>Caractère lucratif</b> non dénué de pertinence.</p>

<p><i>Airfield</i> 13 oct. 2011 C-431/09</p>	<p>Communication au public par satellite - Distributeur de bouquet satellitaire</p>	<p>93/83 art. 1<sup>er</sup> § 2 sous a)</p>	<p>Oui</p>	<p><b>Unité et cohérence de l'ordre juridique de l'Union</b> : interprétation de la directive 93/83 « à la lumière des règles et des principes établis par la directive 2001/29 ». <b>Acte de communication</b> : <b>déclencher</b> la communication <b>ou intervenir</b> lors de celle-ci pour rendre les œuvres accessibles (à un public nouveau). <b>Public nouveau</b> : public non pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne - public <b>élargi</b>. <b>Unité et imputabilité de l'acte</b> de communication au public par satellite : acte indivisible constituant une seule communication au public effectuée par le radiodiffuseur et le distributeur de bouquet satellite ensemble. Intervention représentant « une prestation de service autonome accomplie dans le but d'en retirer un <b>bénéfice</b> ».</p>
<p><i>Circul Globus</i> 24 nov. 2011 C-283/10</p>	<p>Spectacles de cirque - Œuvres musicales exécutées en public</p>	<p>2001/29 23<sup>e</sup> consid. Art. 3 § 1</p>	<p>Non</p>	<p><b>Public non présent au lieu d'origine</b> de la communication (cons. 23) : « <i>exclusion de toute communication d'une œuvre réalisée directement, dans un lieu ouvert au public, par toute forme publique d'exécution ou de représentation directe de l'œuvre</i> ».</p>
<p><i>Del Corso (SCF)</i> 15 mars 2012 C-135/10</p>	<p>Retransmission dans un cabinet dentaire de phonogrammes radiodiffusés (émissions radiophoniques contenant des phonogrammes)</p>	<p>92/100 art. 8 § 2</p>	<p>Non</p>	<p>Apparition du concept d'« <b>appréciation individualisée</b> » : apprécier chaque situation au cas d'espèce selon des critères variables. <b>Acte de communication</b> : <b>intervenir</b>, de manière <b>incontournable</b> (« rôle incontournable de l'utilisateur ») et en <b>pleine connaissance</b> des conséquences de son comportement, pour <b>donner accès</b> à l'œuvre. <b>Public</b> : nombre indéterminé = personnes en général/groupe privé Nombre de personnes assez important : ajout du <b>seuil de minimis</b> excluant une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante - limitation des <b>effets cumulatifs</b> à la <b>même œuvre</b> : « <i>il est non seulement pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement, mais également combien d'entre elles ont successivement accès à celle-ci.</i> » <b>Caractère lucratif pertinent à plus forte raison</b> pour le droit à rémunération - suppose un <b>public réceptif</b>.</p>
<p><i>PPL</i> 15 mars 2012 C-162/10</p>	<p>1/ Retransmission dans des chambres d'hôtel de phonogrammes radiodiffusés (émissions de télévision contenant des phonogrammes)  2/Fourniture de phonogrammes avec appareil de lecture</p>	<p>2006/115 Art. 8 § 2</p>	<p>Oui</p>	<p>1/<b>Acte de communication</b> : <b>distribuer un signal</b> radiodiffusé. <b>Public</b> : mêmes critères que <i>Del corso</i> pour un résultat inverse. <b>Public nouveau</b> (simple rappel en matière de droits d'auteur) : public non « pris en compte par les auteurs de l'œuvre protégée lorsqu'ils ont autorisé son utilisation par la communication au public d'origine » ; « <i>public distinct et supplémentaire</i> ». <b>Caractère lucratif</b> : référence à la « <i>prestation de service supplémentaire</i> » (comp. <i>Premier League</i> : « <i>prestation de service autonome</i> »).  2/Fourniture des deux éléments permettant de rendre audibles les sons fixés sur les phonogrammes (appareil de lecture + support des phonogrammes).</p>

				Interprétation à la lumière des articles 2, sous g), et 15 du <b>WPPT</b> lus conjointement d'où il résulte que « <i>cette forme de communication entre dans le champ d'application de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115</i> ».
<b>ITV</b> 7 mars 2013 C-607/11	Retransmission sur Internet en <i>streaming</i> d'œuvres contenues dans une radiodiffusion télévisuelle terrestre effectuée par un organisme autre que le radiodiffuseur original	2001/29 Art. 3 § 1	Oui	<p><b>Intention du législateur</b> au regard du DCP : « <i>chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur</i> ».</p> <p><b>Acte de communication</b> : retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine.</p> <p><b>Public</b> : nombre indéterminé de destinataires potentiels et nombre assez important (sans changement) avec effets cumulatifs : nombre de personnes ayant accès à la même œuvre parallèlement et successivement (<i>id.</i>, <i>Del Corso</i>).</p> <p><b>Public nouveau</b> : <b>non requis</b> lorsque la retransmission se fait suivant un <b>mode technique spécifique différent</b> de celui de la communication d'origine.</p> <p><b>Caractère lucratif non déterminant</b> sur la qualification d'une retransmission en tant que « communication » et <b>sans influence</b> sur celle-ci.</p>
<b>OSA</b> 27 février 2014 C-351/12	Retransmission dans les chambres d'un établissement thermal d'œuvres radiodiffusées (œuvres musicales contenues dans des programmes de télévision)	2001/29 Art. 3 § 1 et 5	Oui	<p><b>Notion de communication</b> : vise toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé (<i>id.</i>, <i>Premier League</i>).</p> <p><b>Acte de communication</b> : <b>transmettre délibérément</b> des œuvres protégées en <b>distribuant volontairement un signal</b> au moyen de récepteurs de télévision ou de radio.</p> <p><b>Public</b> : nombre indéterminé de destinataires potentiels et nombre assez important (sans changement) avec effets cumulatifs : nombre de personnes ayant accès à la même œuvre parallèlement et successivement (<i>id.</i>, <i>Del Corso &amp; ITV</i>).</p> <p><b>Public nouveau</b> : public non pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine (<i>id.</i>, <i>Premier League &amp; Airfield</i>).</p> <p>Condition remplie dans le cas d'un établissement thermal, « <i>organisme qui intervient, en pleine connaissance de conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses patients</i> », puisque sans son « <i>intervention, ces patients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée</i> » (<i>id.</i>, SGAE).</p> <p><b>Principes de l'arrêt Del Corso non transposables</b> car concernaient le droit à caractère compensatoire et non le droit d'auteur.</p> <p><b>Caractère lucratif non évoqué.</b></p>

<p><b>Svensson</b> 13 février 2014 C-466/12</p>	<p>Liens hypertexte renvoyant vers des articles de presse figurant, avec l'autorisation de leurs auteurs, sur le site d'un journal où ils étaient librement accessibles</p>	<p>2001/29 Art. 3 § 1</p>	<p>Non</p>	<p>« <b>chaque acte de communication d'une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur</b> » ; « <b>la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un "acte de communication" d'une œuvre et la communication de cette dernière à un "public"</b> ». <b>Acte de communication</b> : « doit être entendu de manière large (...) et ce afin de garantir, ainsi qu'il résulte notamment des considérants 4 et 9 de la directive 2001/29, un niveau élevé de protection aux titulaires d'un droit d'auteur ». <b>Mise à la disposition d'un public</b> (donc acte de communication) : offrir aux utilisateurs d'un site « un accès direct aux œuvres ». <b>Public</b> : nombre indéterminé de destinataires potentiels et nombre assez important (sans changement). <b>Public nouveau</b> requis lorsque la communication est effectuée selon le <b>même mode technique</b>. Lien : internet = même mode technique. <b>Public nouveau</b> = (i) public qui ne peut avoir accès aux œuvres que grâce à l'intervention d'un organisme (<i>id.</i> SGAE) ; (ii) public non pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale (<i>id.</i>, Premier League, Airfield, OSA). <b>Si les œuvres sont librement accessibles</b> sur le site cible (absence de « mesure restrictive »), le public du site sur lequel figurent les liens n'est <b>pas nouveau</b> : ses utilisateurs sont « destinataires potentiels de la communication initiale », « faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale ». <b>Transclusion</b> indifférente. Un Etat membre <b>ne peut prévoir une conception plus large</b> du droit de communication au public.</p>
<p><b>Bestwater</b> 21 octobre 2014 C-348/13</p>	<p>Lien de transclusion renvoyant vers une vidéo publicitaire figurant sur YouTube où elle était censée être librement accessible avec l'autorisation du titulaire du droit</p>	<p>2001/29 Art. 3 § 1</p>	<p>Non</p>	<p>Communication au public, condition alternative : communication « selon un <b>mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un public nouveau</b> ». <b>Public nouveau</b> : <i>id.</i>, Premier League, Airfield, OSA, Svensson (public non pris en compte...). En l'espèce, le public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lors de l'autorisation de communication initiale sur un site librement accessible est composé de « <b>l'ensemble des internautes</b> ». Technique de la <b>transclusion (framing)</b> : <b>indifférente</b>.</p>
<p><b>C More</b> 26 mars 2015 C-279/13</p>	<p>Liens permettant de visionner en direct des matchs de hockey en contournant le système de péage du site cible</p>	<p>2001/29 Art. 3 § 2 d)  2006/115 Cons. 16 Art. 8 § 3</p>	<p>Non</p>	<p>L'acte de mise à la disposition du public requiert <b>deux conditions cumulatives</b> : « permettre au public concerné d'accéder à l'objet protégé en cause <b>tant de l'endroit qu'au moment que chacun choisit individuellement</b> » - Non applicable aux transmissions en ligne en direct. Le considérant 16 de la directive 2006/115 permet aux Etats membres de prévoir une <b>protection plus large</b> que celle accordée par l'article 8 § 3 en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public ; cette faculté est préservée par le considérant 20 de la directive 2001/29.</p>

				L'art. 3 § 2 de la directive 2001/29 ne s'oppose pas à ce qu'une réglementation nationale étende le droit exclusif des organismes de radiodiffusion à des communications au public non couvertes par la directive.
<b>SPA</b> 14 juillet 2015 C-151/15	Retransmission dans un café-restaurant d'émissions de radio contenant des œuvres musicales et « <i>musico-littéraires</i> » au moyen d'un appareil de radio relié à des haut-parleurs	2001/29 Art. 3, § 1	Oui	<b>Notion de communication</b> : vise « <i>toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé</i> » ( <i>id.</i> , <i>Premier League</i> , <i>OSA</i> ). <b>Acte de communication</b> : <b>transmettre délibérément</b> des œuvres radiodiffusées protégées au moyen d'un appareil de radio et de HP. ( <i>id.</i> , <i>Premier League</i> ). <b>Public nouveau = public supplémentaire</b> qui n'a <b>pas été pris en considération</b> par les auteurs, lors de l'autorisation de la radiodiffusion de leurs œuvres. <b>Caractère lucratif</b> non dénué de pertinence.
<b>SBS</b> 19 novembre 2015 C-325/14	Injection directe - Transmission par un organisme de radiodiffusion de signaux porteurs de programmes à ses distributeurs.	2001/29 Art. 3, § 1	Non	<b>Acte de communication</b> : « <i>vise toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé</i> ». « <i>Par ailleurs, chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause</i> ». <b>Public</b> : nombre indéterminé de destinataires potentiels et nombre assez important (sans changement). Condition non satisfaite dans le cas d'un organisme de radiodiffusion qui « <i>transmet les signaux porteurs de programmes à des distributeurs individuels et déterminés sans que des téléspectateurs potentiels puissent y avoir accès</i> », car il n'y a pas de public mais « <i>des professionnels individuels et déterminés</i> ». Si l'intervention des distributeurs ne constitue qu'un simple moyen technique, c'est le radiodiffuseur qui accomplit l'acte de communication au public. Un seul public, deux actes de communication : seul est pris en compte celui qui touche le public. Appréciation contraire à l'arrêt <i>Airfield</i> : « <i>dépeçage</i> » de l'acte de communication au public au lieu de l'approche unitaire de l'arrêt <i>Airfield</i> (=un seul acte indivisible accompli par deux intervenants).
<b>Reha Training</b> 31 mai 2016 C-117/15	Retransmission, dans les locaux d'un centre de rééducation, d'émissions de télévision contenant des œuvres et objets protégés	2001/29 Art. 3, § 1  2006/115 Art. 8 § 2	Oui	<b>Unification</b> de la notion de <b>communication au public en droit d'auteur et droits voisins</b> : appréciée « <i>selon les mêmes critères</i> » et qui reçoit « <i>la même signification</i> ». « <b>Appréciation individualisée</b> » (comme dans <i>Del Corso</i> et <i>PPL</i> ) : « <i>plusieurs critères complémentaires</i> », « <i>non autonome[s] et interdépendants</i> », pouvant présenter « <i>une intensité très variable</i> » et devant être appliqués « <i>tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres</i> ». <b>Acte de communication</b> : « <i>vise toute transmission des œuvres protégées indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé</i> ». « <i>Par ailleurs, chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause</i> ». ( <i>id.</i> <i>SBS</i> ) <b>Notion de public</b> ( <i>id.</i> <i>Del Corso &amp; PPL</i> )

				<p>« <b>caractère indéterminé du public</b> » : « <b>personnes en général</b>, par opposition à des <b>personnes déterminées appartenant à un groupe privé</b> ».</p> <p>Nombre de personnes <b>assez important</b> : <b>seuil de minimis</b> excluant « <b>une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante</b> ».</p> <p>Effet cumulatif : nombre de personnes ayant accès à la même œuvre <b>parallèlement et successivement</b>.</p> <p><b>Public nouveau</b> : (i) public non « <b>pris en compte par les titulaires de droits sur les œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine</b> », (ii) et qui accède aux œuvres grâce au « <b>rôle incontournable de l'utilisateur</b> » sans l'intervention duquel « <b>les personnes constituant ce public "nouveau", tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée</b> ».</p> <p><b>Public ciblé</b> : « <b>le public qui fait l'objet de la communication</b> » « <b>est non pas "capté" par hasard, mais ciblé par leurs exploitants</b> ».</p> <p><b>Caractère lucratif</b> : n'est plus « <b>déterminant pour la qualification de communication au public</b> », mais n'est pas « <b>dénué de pertinence, notamment aux fins de la détermination de l'éventuelle rémunération</b> ».</p> <p><b>Réceptivité</b> du public : « <b>peut être pertinente</b> » pour apprécier le caractère lucratif.</p>
<p><b>GS Media</b> 8 septembre 2016 C-160/15</p>	<p>Liens hypertexte donnant accès à des photographies mise en ligne sans le consentement du titulaire de droits</p>	<p>2001/29 Art. 3, § 1</p>	Oui	<p>« <b>Appréciation individualisée</b> » : <i>id. Del Corso, PPL, Reha Training</i>).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <b>Lien hypertexte</b> donnant accès à une œuvre mise en ligne sur le site cible <b>avec l'autorisation</b> du titulaire de droits : <i>id. Svensson, Bestwater</i>.</li> <li>➤ <b>Lien hypertexte</b> donnant accès à une œuvre mise en ligne sur le site cible <b>sans autorisation</b> du titulaire de droits :</li> </ul> <p>Prise en compte des intérêts et des <b>droits fondamentaux des utilisateurs</b> (liberté d'expression et d'information), et de <b>l'intérêt général</b>.</p> <p><b>Acte de communication</b> : intervenir « <b>en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet</b> ».</p> <p><b>Caractère lucratif</b> : non dénué de pertinence.</p> <p><b>Principe</b> : si l'œuvre est librement accessible sur le site cible, la fourniture du lien n'est pas une communication au public.</p> <p><b>Exception</b> : communication au public si le poseur de lien savait ou devait savoir que l'œuvre figure sur le site cible de manière illicite, ou si le lien permet de contourner des mesures de restriction prises par ledit site pour en restreindre l'accès à ses seuls abonnés.</p> <p><b>Présomption</b> : lorsque le lien est placé dans un but lucratif, présomption réfragable de connaissance de l'illicéité de la mise en ligne de l'œuvre sur le site cible.</p>



## Annexe 6 : analyse détaillée de jurisprudence de la CJUE

### DIX ANS DE JURISPRUDENCE DE LA CJUE SUR LE DROIT DE COMMUNICATION AU PUBLIC 2006-2016

(avec les arrêts de référence antérieurs)

#### AVANT LA DIRECTIVE 2001/29

**CJCE 3 février 2000, Egeda, C-293/98** - Directive 93/83 (câble et satellite) article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 - Téléviseurs installés dans des chambres d'hôtel - Retransmission par câble du signal porteur d'émissions radiodiffusées contenant des enregistrements audiovisuels protégées - Application du droit national

Un hôtel, qui retransmettait par câble dans les chambres de son établissement, des signaux porteurs d'émissions de télévision captés par satellite ou par voie terrestre, refusait de verser à une société de gestion des droits des producteurs audiovisuels la rémunération équitable prévue par la loi espagnole de transposition de la directive 93/83.

Cet établissement contestant devant la juridiction de renvoi l'existence d'une "communication au public" ou d'une "retransmission par câble", au sens de l'article 1<sup>er</sup> de ladite directive 93/83, celle-ci a décidé de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

*"L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), et paragraphe 3, de la directive 93/83/CEE doit-il être interprété en ce sens que le fait, pour un établissement hôtelier, de capter des signaux de télévision par satellite ou par voie terrestre et de les distribuer par câble dans ses différentes chambres est un 'acte de communication au public' ou de 'réception par le public'?"*

La Cour juge que la directive "ne fournit pas d'éléments pour répondre à la question" posée, laquelle doit par conséquent être appréciée selon le droit national.

L'intérêt de cette affaire, tranchée avant l'adoption de la directive 2001/29 réside dans les conclusions prises par l'Avocat Général, M. La Pergola, qui serviront de référent lors de l'examen, six ans plus tard, de l'affaire SGAE.

Considérant que la question posée ne peut être résolue sur la base de la directive 93/83, M. La Pergola cherche néanmoins à éclairer la juridiction espagnole par application de l'article 11 bis,

alinéa 1, de la Convention de Berne à laquelle renvoie l'Accord sur les ADPIC auquel l'Union européenne est partie.

Dans l'analyse que livre l'Avocat Général dudit article de la Convention de Berne, sur la base de l'ancien Guide de cette Convention<sup>1</sup> (le seul, à l'époque) et du Glossaire de 1980, figurent déjà les principaux critères - et les principales erreurs - qui seront ultérieurement réédités par la Cour.

La première observation faite par l'Avocat Général est pourtant exacte :

*"Comme le guide le fait observer, ce qui importe pour ce qui concerne l'application [de l'article 11bis, alinéa 1, ii)] **est le fait de savoir si et dans quelles conditions un intermédiaire s'interpose au niveau de la distribution de l'émission et fait acte de communication au public**" (point 20).*

L'intervention d'un organisme tiers est en effet la seule condition déterminant la mise en œuvre du droit exclusif dont l'article 11bis, alinéa 1, ii) investit l'auteur en lui permettant d'autoriser ou d'interdire *"toute communication, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un **autre organisme que celui d'origine**". Cette condition est nécessaire et suffisante.*

Malheureusement, l'exactitude du point de départ ne sera suivie que d'une succession d'erreurs.

#### 1) Mauvaise qualification des faits et application du mauvais texte

Monsieur La Pergola estime qu'il convient d'appliquer non pas le paragraphe ii) de l'article 11bis, alinéa 1, mais son paragraphe iii), applicable à la communication publique de l'œuvre radiodiffusée *"par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de sons, de sons, ou d'images"*.

Cette appréciation est faite au motif que *"La distribution de l'œuvre radiodiffusée à la clientèle de l'hôtel est, en effet, rendue techniquement possible par la mise à disposition de téléviseurs dans les chambres, c'est-à-dire d'«instruments transmettant des sons et des images analogues au haut-parleur»"* (point 21).

Or, elle est erronée.

En effet, la transmission des œuvres radiodiffusées aux clients de l'hôtel s'opère sous forme de signaux (et non pas de sons et d'images), au moyen du réseau câblé de l'établissement hôtelier. Il s'agit d'une retransmission par câble régie par le paragraphe ii) de l'article 11bis.

<sup>1</sup> *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Genève 1978.

S'il s'était agi d'une communication de sons et images par "haut-parleur ou instrument analogue", en l'occurrence, au moyen des téléviseurs, celle-ci n'aurait pas été imputable à l'établissement hôtelier mais à ses clients, puisque c'est en allumant les téléviseurs que ces derniers la déclenchent.

## 2) Invention de critères *ex-nihilo* et mauvaise référence à l'ancien Guide de la Convention de Berne

L'Avocat Général invente, sans aucune base textuelle, le critère de ce qui deviendra "le rôle de l'utilisateur incontournable", de même que le concept qui, selon lui, en découle, du "public nouveau" que la Cour transformera quelques années plus tard en condition de l'acte de communication au public.

Il fait valoir, en effet, que sans *"la possibilité d'accès à l'œuvre protégée qui est offerte aux clients de l'hôtel"*, ceux-ci *"- tout en se trouvant physiquement à l'intérieur de la zone de couverture du satellite - n'auraient, en effet, pu jouir d'une autre manière de l'œuvre radiodiffusée ; ils constituent, donc, en ce sens, un public «nouveau» par rapport à celui de l'émission primaire"* (point 22).

Ce concept de "public nouveau" est également invoqué dans le passage suivant qui cite le commentaire de l'ancien Guide susvisé sur le paragraphe **iii**) de l'article 11bis, alinéa 1, concernant la communication au public par haut-parleur ou par instrument analogue :

*"D'autre part, dans le contexte de la convention, une licence de diffusion radiotélévisée, accordée à un émetteur, ne couvre pas aussi d'éventuelles utilisations ultérieures de l'œuvre par des tiers — telle que la **communication au public du programme transmis par hautparleur** ou un instrument analogue (en l'espèce, un téléviseur) —, en particulier si elles poursuivent un but lucratif. Cette forme de communication permettrait, en effet, d'atteindre un public nouveau, différent de celui auquel l'auteur songeait au moment où il a accordé l'autorisation de radiodiffusion initiale, qu'il a concédée dans l'exercice de son droit exclusif. «En effet, bien que, par définition, la radiodiffusion puisse atteindre un nombre indéterminé de personnes, l'auteur, en autorisant ce mode d'exploitation de son œuvre, ne prend en considération que les usagers directs; c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. A partir du moment où cette captation se fait à l'intention d'un auditoire se situant sur une plus large échelle, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public récepteur est admise à bénéficier de l'écoute [ou de la vision] de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur (ou instrument analogue) n'est plus la simple réception de l'émission elle-même, mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public"*(point 20).

Il est frappant de constater que l'on trouve ici, quasiment **toute la substance de la future jurisprudence de la Cour**. Les mêmes formulations empruntées par Monsieur La Pergola à

l'ancien Guide de la Convention de Berne **seront en effet elles-mêmes reproduites à l'identique par la CJUE**. On y trouve jusqu'au critère du "*nombre indéterminé de personnes*", utilisé pour définir le public, ainsi que le "but lucratif" sur lequel on reviendra.

S'agissant du public nouveau, il se trouve décrit, dans le passage ci-dessus, comme celui n'ayant pas été pris en compte par l'auteur lorsqu'il a accordé l'autorisation initiale. Avec celui de l'utilisateur incontournable, mentionné plus haut, se trouvent réunis les deux critères entre lesquels la Cour hésitera tout au long de sa séquence jurisprudentielle, appliquant soit l'un, soit l'autre, soit les deux cumulativement.

La Cour ne prendra même pas la peine de se référer au texte de l'article 11bis, alinéa 1, ni d'essayer de le comprendre. Ce n'est évidemment pas l'ancien Guide de la Convention de Berne qui fait autorité pour elle, mais bien les conclusions de son Avocat Général. Voilà comment une erreur commise dès l'origine, avant même l'adoption de la directive 2001/29, a entaché dix ans de jurisprudence.

### 3) Caractère lucratif et importance économique du nouveau public : critères déduits totalement à tort de la Convention de Berne

Dernière erreur, mais de taille : l'Avocat Général recommande finalement de retenir, comme critères de l'acte de communication au public, le but lucratif associé à l'importance économique du nouveau public :

*"Quel est, alors, le critère que nous suggérons à la Cour d'adopter pour distinguer, dans la matière qui nous occupe, les communications publiques de celles qui ne le sont pas ? A notre avis, la convention a énoncé le principe de la nécessité d'une autorisation de l'auteur pour toutes les utilisations secondaires de l'œuvre radiodiffusée qui donnent lieu à des actes autonomes d'exploitation économique, en raison du but lucratif poursuivi par le sujet de droit responsable ainsi que de l'importance économique du nouveau public (voir point 22 ci-dessus) c'est-à-dire de l'ensemble des personnes que vise chaque acte de communication par le moyen du téléviseur" (point 24).*

On chercherait évidemment en vain, au sein de la Convention de Berne, une quelconque confirmation des affirmations de Monsieur La Pergola, et pour cause, tant elles sont éloignées des principes en la matière.

Enfin, "*l'importance économique du nouveau public*" annonce assurément le futur critère du "nombre assez important" de destinataires potentiels, de même d'ailleurs, que son correctif, inspiré de la doctrine dite de l'«accumulation spatiale», que la Cour qualifiera plus simplement d'"effets cumulatifs".

*"En l'espèce, peut-être, c'est du second élément que nous avons invoqué (voir point 24) qu'il est le plus difficile de démontrer l'existence. En effet, on pourrait objecter que*

*l'importance économique que revêtent les clients occupant une chambre d'hôtel est tellement modeste qu'ils ne peuvent constituer un public «nouveau» par rapport à celui de l'émission primaire. On ne pourrait, donc, reconnaître à la distribution de l'œuvre radiodiffusée par téléviseur une importance économique en tant qu'acte indépendant de communication. Cette conception formaliste paraît, toutefois, devenir obsolète, sous l'influence de l'impulsion donnée par des décisions récentes des juridictions nationales, inspirées par la doctrine dite de l'«accumulation spatiale» (räumliche Kumulation). Selon cette orientation, c'est la **totalité des clients présents dans un hôtel** à un moment donné qui doit être qualifiée de «public» au sens et aux fins des dispositions relatives au droit d'auteur. En d'autres termes, la «discontinuité spatiale» entre les divers sujets de droit dont est constitué le cercle des destinataires, auxquels l'œuvre est rendue accessible par le responsable de chaque acte d'utilisation secondaire, ne suffit pas pour que l'on puisse nier l'importance économique du nouveau public atteint (même potentiellement, au sens d'une simple possibilité juridique; voir point 22 ci-dessus)"(point 26).*

Tout était donc déjà là...

Six ans plus tard, se présente l'affaire SGAE concernant une même retransmission par câble, dans les chambres d'un établissement hôtelier espagnol, d'œuvres contenues dans des émissions radiodiffusées. Entretemps avait été publié, en 2003, *Le Guide des Traités sur le droit d'Auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, comportant une analyse approfondie de la Convention de Berne, ainsi qu'un lexique. Cette parution demeurera ignorée de Madame l'Avocat Général Eleanor Sharpston de même que de la Cour. En revanche, Madame Sharpston se réfère largement à la "*jurisprudence*" Egeda et à la "*précieuse analyse de l'avocat général La Pergola*" (point 23).

Sans anticiper sur l'arrêt analysé ci-après, les conclusions de l'Avocat Général appellent deux principales observations.

La première, est que Madame Sharpston ne commet pas les erreurs de son prédécesseur : elle mène son analyse sur le fondement du bon texte - l'alinéa ii) et non iii) de l'article 11bis -, rappelle qu'il procède de la révision de la Convention de Berne intervenue en 1948, qu'il consacre le critère "*purement fonctionnel*" de la communication "*faite par un autre organisme que celui d'origine*" et va même jusqu'à souligner, en se fondant sur l'ouvrage de référence de Sam Ricketson consacré à la Convention de Berne<sup>2</sup>, que "*l'option consistant à exiger une nouvelle autorisation à chaque fois que la retransmission 'crée un nouveau cercle d'auditeurs' [a] été délibérément rejetée*" (point 50).

La seconde est que, manifestement gênée que ce cheminement, jusque-là irréprochable, ne la conduise à s'écarter sensiblement de la "*précieuse analyse de l'avocat général La Pergola*", Madame Sharpston n'en fait pas moins prévaloir le critère "*délibérément rejeté*" :

***"Il n'en reste pas moins que cela [on comprend qu'il s'agit du critère rejeté] semble être l'essence de la portée de cette disposition. Cette interprétation est en outre confirmée***

<sup>2</sup> *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* by Sam Ricketson, London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College 1987.

*par le Guide de l'OMPI [toujours, celui de 1979] qui fait état en ce qui concerne l'article 11bis 1) iii) de ce que :*

*«Enfin la troisième situation prévue par [l'article 11bis 1)] est celle où, une fois l'œuvre radiodiffusée (ou télévisée), celle-ci fait l'objet d'une communication publique par haut-parleur ou instrument analogue. Ce cas, dans la vie moderne, se produit de plus en plus fréquemment : là où les hommes se réunissent, la tendance est d'agrémenter l'ambiance par de la musique (cafés, restaurants, salons de thé, hôtels, grands magasins, wagons de chemin de fer, avions, etc.), sans compter la place de plus en plus grande tenue par la publicité commerciale dans les lieux publics. La question se pose dès lors de savoir si la permission de radiodiffuser (téléviser) une œuvre qui est accordée au poste émetteur englobe ou non toute utilisation quelconque de l'émission et entre autres la communication publique par haut-parleur, surtout si des buts lucratifs viennent à être poursuivis.*

*La Convention y répond par la négative en accordant à l'auteur, ici aussi, un droit exclusif. De la même façon que dans le cas où la réception d'une émission est suivie d'une communication publique visant un nouveau cercle d'auditeurs (ou de téléspectateurs), soit au moyen d'une nouvelle émission soit au moyen d'une transmission par fil (voir 1° et 2° de l'alinéa 1)) **la communication publique par haut-parleur (ou instrument analogue) est considérée comme atteignant un nouveau public, différent de celui que l'auteur avait en vue lorsqu'il autorisait la radiodiffusion de son œuvre.** En effet, bien que par définition la radiodiffusion puisse atteindre un nombre indéterminé de personnes, l'auteur en autorisant ce mode d'exploitation de son œuvre ne prend en considération que les usagers directs ; c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. À partir du moment où cette captation se fait à l'intention d'un auditoire se situant sur une plus large échelle, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public récepteur est admise à bénéficier de l'écoute (ou de la vision) de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur (ou instrument analogue) n'est plus la simple réception de l'émission elle-même mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public. Cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser » (point 50).*

Cet incroyable renversement, qui fait prévaloir un Guide périmé sur le texte de la Convention et un texte rejeté sur un texte adopté, nonobstant l'opinion, particulièrement autorisée de Sam Ricketson, **reconduit à la case départ de l'erreur d'origine commise par Monsieur La Pergola** : celle du paragraphe **iii)** de l'article 11bis alinéa 1, **non applicable au cas d'espèce** et auquel est consacré le commentaire cité de l'ancien Guide de la Convention de Berne.

Il permet ainsi aux deux Avocats Généraux de se rejoindre ... dans la même erreur.

## **LES REFERENTS EN DROIT DES MEDIAS**

**CJUE 2 juin 2005, Mediakabel, C-89/04** - Directive 89/552 (télévision sans frontière) - Radiodiffusion télévisuelle - Public : nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels

A l'occasion d'une affaire portant sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, sous a) de la directive 89/552 "télévision sans frontière" aux termes duquel la "radiodiffusion télévisuelle" se définit par "l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public" la CJUE a précisé que le "public" s'entendait d'"**un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels, auprès desquels les mêmes images sont simultanément transmises**", reprenant ainsi le critère dégagé par l'Avocat Général dans l'affaire Egeda.

Il s'agissait en l'espèce de distinguer un service de radiodiffusion télévisuelle d'un service de la société de l'information, l'enjeu portant sur la nécessité ou non, pour l'exploitant du service, d'obtenir une autorisation de diffusion auprès du Commissariat néerlandais aux médias.

**CJUE 14 juillet 2005, Lagardère, C-192/04** - Directives 92/100 (désormais 2006/115, droit de location, de prêt et droits voisins) et 93/83 (câble et satellite) - Rémunération équitable - Radiodiffusion de phonogrammes - Communication au public par satellite (non) - Public : nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels

Le litige au principal concernait la rémunération équitable due au titre de l'utilisation de phonogrammes dans les émissions d'un radiodiffuseur établi en France.

Pour des raisons techniques, et afin de couvrir l'ensemble du territoire national, le processus, selon lequel les programmes étaient in fine diffusés au public par voie hertzienne, utilisait un satellite et deux émetteurs terrestres situés, l'un en France, l'autre en Allemagne. Concrètement, les signaux étaient émis sous forme codée par le radiodiffuseur vers le satellite, puis captés par les deux émetteurs terrestres qui les retransmettaient au public, l'un en grandes ondes, l'autre en modulation de fréquence.

Les programmes diffusés en langue française par l'émetteur situé en Allemagne pouvaient marginalement être reçus sur le territoire allemand. L'enjeu consistait dans le paiement cumulatif ou alternatif d'une rémunération équitable en France et/ou en Allemagne.

Le radiodiffuseur soutenait que la radiodiffusion en cause constituait une communication au public par satellite laquelle se trouvait localisée uniquement en France, en application de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2 sous b) de la directive 93/83 câble satellite<sup>3</sup>.

Pour écarter cette qualification, la Cour a considéré que les conditions posées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2 sous a) de ladite directive pour définir la notion de communication au public par satellite n'étaient pas réunies, notamment, "*l'exigence que les signaux porteurs de programmes soient destinés à être captés par le public*" (point 34). En effet, les signaux codés provenant du satellite ne pouvaient "*être reçus que par un équipement réservé aux professionnels*" et non "*par des équipements destinés au grand public*" (point 32). Or, "*un cercle limité de personnes susceptibles de capter les signaux provenant du satellite uniquement au moyen d'un équipement professionnel ne saurait être considéré comme un public étant donné que ce dernier doit être constitué par un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels*" (point 31).

La directive 93/83 était par conséquent inapplicable et ne pouvait s'opposer à ce que la redevance pour l'utilisation de phonogrammes soit régie cumulativement par les lois française et allemande.

#### **L'ARRET FONDATEUR**

**CJUE 7 décembre 2006, SGAE (Rafael Hoteles), C-306/05** - Directive 2001/29, article 3, paragraphe 1 - *Téléviseurs Installés dans des chambres d'hôtel - Retransmission par câble du signal porteur d'émissions radiodiffusées contenant des œuvres protégées - Communication au public (oui)*

La première question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi résumait le litige opposant la société d'auteur espagnole SGAE à l'exploitant de l'hôtel Rafael :

*"L'installation, dans les chambres d'un hôtel, d'appareils de télévision au moyen desquels est distribué, par câble, le signal de télévision capté par satellite ou par voie terrestre constitue-t-elle un acte de communication au public sur lequel porte l'harmonisation escomptée des réglementations nationales relatives à la protection des droits d'auteur visée à l'article 3 de la directive [2001/29]?"*

Pour y répondre, la Cour érige la communication au public en **notion autonome du droit de l'Union**, devant recevoir "*une interprétation autonome et uniforme*", dans la mesure où

<sup>3</sup> "*La communication au public par satellite a lieu uniquement dans l'État membre dans lequel, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, les signaux porteurs de programmes sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre.*" - "*Aux fins de la présente directive, on entend par 'communication au public par satellite' l'acte d'introduction, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, de signaux porteurs de programmes destinés à être captés par le public dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre.*"



l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 "ne comporte **aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée**" (point 31).

Elle constate que, si la directive n'en donne pas de définition, son considérant 23 impose une **interprétation large** qui "s'avère par ailleurs indispensable **pour atteindre l'objectif principal de ladite directive, lequel, ainsi qu'il résulte de ses neuvième et dixième considérants, 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** (point 36). Cette affirmation de principe se retrouvera dans toutes ses décisions ultérieures.

**Une approche quantitative de la notion de public : nombre indéterminé et assez important de téléspectateurs potentiels**

La Cour s'attache ensuite à définir la notion de "public" et puise dans ses décisions *Mediakabel* et *Lagardère*, rendues en droit des médias, un **premier critère** selon lequel "le terme 'public' vise un **nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels**" (point 37).

Elle cherche en second lieu à apprécier cette notion d'un point de vue quantitatif.

Une première affirmation est à cet égard troublante, en ce qu'elle prône "une approche globale" nécessitant "de tenir compte non seulement des clients qui sont installés dans les chambres de l'établissement hôtelier, seuls explicitement visés dans les questions préjudicielles, mais également des clients qui sont présents dans tout autre espace dudit établissement et ont à leur portée un appareil de télévision y installé" (point 38). Faut-il comprendre que la présence de téléviseurs dans les espaces communs de l'hôtel, pour laquelle ce dernier avait été condamné, aurait une influence sur l'appréciation de la situation au regard des téléviseurs installés dans les chambres ? Les clients installés dans les chambres ne seraient-ils pas les mêmes que ceux présents dans les espaces collectifs de l'hôtel ? Ce passage énigmatique n'aura, en tous cas, plus d'écho dans la suite de la décision, non plus que dans les arrêts suivants de la Cour.

Plus clairement, ainsi que le suggérait la 3<sup>ème</sup> question préjudicielle, la Cour invite à "prendre en considération la circonstance que, habituellement, les clients d'un tel établissement se succèdent rapidement", observant qu'il "s'agit généralement d'un **nombre de personnes assez important, de sorte que celles-ci doivent être considérées comme un public**" (point 38). Elle ajoute que la communication des œuvres à de tels téléspectateurs produit des "effets cumulatifs" pouvant prendre "une **importance considérable**" de sorte qu'il "importe peu" que "les occupants des chambres (...) pris séparément, ne représentent qu'un enjeu économique limité pour l'établissement hôtelier lui-même" (point 39).

A ce stade de l'arrêt, **le public se trouve défini par deux caractéristiques : il s'agit d'un "nombre indéterminé" et "assez important"** de personnes destinataires potentielles de la communication, ces deux caractéristiques étant réunies en l'espèce.

### La naissance du critère du "public nouveau"

Sans doute dans le souci de conforter son appréciation, la Cour observe qu'"il y a également lieu de relever" que la communication en cause correspond au cas de figure envisagé par l'article 11 bis, premier alinéa sous ii) de la Convention de Berne, du fait qu'elle est effectuée par "un organisme de retransmission différent de l'organisme d'origine" (point 40).

L'observation est parfaitement exacte et la Cour aurait pu se contenter de cette seule observation pour justifier sa décision, puisque ledit article de la Convention de Berne soumet effectivement à l'autorisation de l'auteur "toute communication, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine".

L'hypothèse envisagée, correspondant à la communication en cause dans l'affaire SGAE, est celle d'une retransmission par un tiers de la communication d'origine effectuée par radiodiffusion. En l'occurrence, des radiodiffuseurs émettaient des signaux porteurs de programmes de télévision par satellite ou par voie terrestre. Ces signaux étaient captés par l'hôtel (organisme tiers par rapport aux radiodiffuseurs) et retransmis par ce dernier aux clients de son établissement au moyen du réseau câblé aboutissant aux chambres équipées de téléviseurs.

Malheureusement, la Cour ne s'en tient pas là, et la suite de la décision, d'une logique peu accessible, voit la naissance d'une **nouvelle condition**, totalement absente de la Convention de Berne, des traités de l'OMPI, comme de la directive 2001/29 et nonobstant **ajoutée par la Cour** : la communication ne doit pas seulement être effectuée à un public, mais à un "**public nouveau**".

**Le glissement vers le "public nouveau" se fait à partir d'une affirmation erronée** : la Cour postule en effet qu'une communication effectuée par un "organisme distinct" s'adresserait nécessairement à un "public distinct", c'est-à-dire à un "public nouveau" :

*"Il y a également lieu de relever qu'une communication opérée dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal s'analyse, selon l'article 11 bis, premier alinéa, sous ii), de la convention de Berne, comme une **communication faite par un organisme de retransmission différent de l'organisme d'origine**. Ainsi, une telle transmission se fait à un public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre, c'est-à-dire à un **public nouveau**."*

L'affirmation est inexacte puisque la communication secondaire faite "par un autre organisme que celui d'origine" ayant réalisé la communication primaire, au sens de l'article précité de la Convention de Berne, peut parfaitement être effectuée au même public que la communication d'origine ou à une partie de celui-ci. Elle peut également être effectuée à un public distinct, ou ne se recoupant pas totalement avec celui de la communication primaire.

Ces considérations relatives au public sont en vérité parfaitement indifférentes au regard du droit consacré à l'article 11 bis al. 1 ii) de la Convention de Berne, et l'on voit bien, d'un simple point de vue logique, qu'il n'existe **aucun de lien de causalité** entre l'intervention d'un "autre organisme" et la nature identique ou distincte du public auquel s'adresse la retransmission effectuée par celui-ci.

**Organisme distinct n'implique pas public distinct.** En affirmant le contraire, la Cour commet une erreur de raisonnement.

L'explication justifiant, aux yeux de la Cour, ce postulat erroné est elle-même défailante à trois égards :

- la Cour s'abstient de se référer au texte de l'article 11 bis, premier alinéa sous ii) de la Convention de Berne, dont l'extrême clarté rend pourtant inutile toute recherche de sens autre que celui résultant du texte lui-même : la retransmission par un autre organisme est un acte de communication au public soumis au droit exclusif<sup>4</sup> ;
- elle privilégie et cite, en lieu et place dudit texte, un commentaire issu d'un document obsolète : le guide publié en 1978 par l'OMPI remplacé, depuis 2003, par un guide plus complet, élaboré dans des conditions scientifiques et ayant fait l'objet, avant son adoption, de nombreuses discussions au sein de comités d'experts ;
- au sein de ce guide obsolète, la Cour se réfère à un passage qui concerne non pas le droit en cause en l'espèce, visé au paragraphe ii) du texte (retransmission par un autre organisme), mais celui prévu par le paragraphe suivant (iii), relatif à la **communication par haut-parleur**, ce qui est d'ailleurs manifeste à la seule lecture de l'extrait cité par l'arrêt :

*"En effet, comme l'explique le guide de la convention de Berne, document interprétatif élaboré par l'OMPI qui, sans avoir force obligatoire de droit, contribue cependant à l'interprétation de ladite convention, l'auteur, en autorisant la radiodiffusion de son œuvre, ne prend en considération que les usagers directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. Selon ce guide, dès lors que cette captation se fait à l'intention d'un auditoire plus vaste, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public récepteur est admise à bénéficier de l'écoute ou de la vision de l'œuvre et **la communication de l'émission par haut-parleur ou instrument analogue n'est plus la simple réception de l'émission elle-même, mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public. Ainsi que le précise ledit guide, cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser**" (point 41).<sup>5</sup>*

<sup>4</sup> "Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser : (...)

ii) **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...**"

<sup>5</sup> Guide de la Convention de Berne, OMPI, Genève 1978, p. 79, commentaire 11 bis.12., p. 80.

Le commentaire qui précède le passage cité par l'arrêt s'ouvre d'ailleurs sur cette phrase montrant bien que le cas de figure envisagé est celui du paragraphe (iii) :

*"11 bis. 11. Enfin, **la troisième situation** prévue par l'alinéa 1) de l'article 11 bis est celle où, une fois l'œuvre radiodiffusée [ou télévisée], celle-ci fait l'objet d'une communication publique par haut-parleur ou instrument analogue."*

Quitte à citer l'ancien guide, la Cour aurait au moins pu se référer aux commentaires spécifiques visant l'article 11 bis, alinéa 1, (ii), par exemple :

*"Ce qui importe pour ce qui concerne l'application de ladite disposition de l'article 11 bis est le fait de savoir si et dans quelles conditions **un intermédiaire s'interpose au niveau de la distribution de l'émission** et fait acte de communication au public".<sup>6</sup>*

### Les prescriptions du guide de l'OMPI publié en 2003

Si la Cour s'était référée au *Guide des Traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, publié par l'OMPI en 2003, elle y aurait trouvé :

1 - dans le premier chapitre consacré à l'analyse des dispositions de fond de la Convention de Berne, et sous le commentaire de l'article 11, une définition du terme "public" :

*"CB-11.4. Le terme "public", qu'il s'agisse de l'adjectif ou du substantif, n'est pas défini dans la convention. Toutefois, l'adjectif "public" est à l'évidence l'antonyme de l'adjectif "privé" et, par voie de conséquence, **ce qui ne peut pas être qualifié de "privé" est censé être "public"**. De même, on peut considérer que, **employé comme substantif, le terme "public" s'oppose à la "sphère privée", autrement dit qu'il désigne les personnes qui ne font pas partie de l'entourage de l'utilisateur**. La définition du terme "public" dans les lois et règlements ou dans les décisions de justice est laissée, en principe, aux pays de l'Union. Il convient de tenir compte de ce qui vient d'être dit au sujet des antonymes "public" et "privé" et bien évidemment **on ne saurait restreindre de façon artificielle et arbitraire la portée de cette notion de "public" et, par-là même, le champ d'application des droits pour lesquels cette notion est déterminante. En tout état de cause, l'opinion qui semble prévaloir en la matière est qu'il faut entendre par utilisations "publiques" et par actes destinés au "public" toutes les utilisations et tous les actes qui sortent du cadre familial et de l'entourage immédiat d'une personne.**"<sup>7</sup>*

<sup>6</sup> *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Genève 1978, p. 79, commentaire 11 bis.10., p. 79.

<sup>7</sup> *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI 2003, ch.1 : Guide des dispositions de fond de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, p.10-11.

2- dans le Glossaire, une définition du droit de communication au public au sens de la Convention de Berne<sup>8</sup> :

***"Communication au public (droit de-)***

*1. S'entend, au sens étroit, soit celui qui est utilisé dans la Convention de Berne, de la transmission, par fil ou sans fil, de l'image ou du son, ou de l'image et du son, d'une œuvre ou d'un objet des droits connexes, de telle manière que ceux-ci puissent être perçus par des personnes étrangères au cercle normal d'une famille et de son entourage le plus immédiat se trouvant en un ou plusieurs lieux assez éloignés du lieu d'origine de la transmission pour que, sans cette transmission, l'image ou le son, ou l'image et le son, ne puissent pas être perçus en ce ou ces lieux, peu important à cet égard que ces personnes puissent percevoir l'image et le son dans le même lieu et au même moment, ou dans des lieux différents et à des moments différents. **La réception proprement dite du programme transmis ne constitue, généralement ni une condition de l'existence de l'acte de communication ni un élément de ce dernier.** (...)"*

3- et, également dans le premier chapitre, sous le commentaire de l'article 11 bis, le commentaire suivant concernant le critère d'application de ce texte :

*"CB-11 bis.14. Le texte de l'alinéa 1) ii) est très clair sur un point : le droit conféré au titre de cet alinéa couvre **"toute communication publique, soit par fil [ ... ] de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine"**. Autrement dit, le critère décisif est le suivant : la communication doit être faite par un autre organisme que celui d'origine. Si c'est le cas, l'auteur ou un autre titulaire du droit d'auteur jouit d'un droit qui se distingue du droit d'autoriser l'acte initial de radiodiffusion. Aucune disposition du texte de la convention ne permet d'étayer, d'une quelconque façon, des théories selon lesquelles "toute" communication de ce type signifie seulement "certaines", en ce sens où les communications relativement fréquentes effectuées à l'intérieur d'une "zone de réception directe" ou encore d'une "zone de service" ne seraient pas couvertes."<sup>9</sup>*

La Cour se serait ainsi considérablement facilité la tâche et aurait évité des errements fâcheux si elle s'était reportée au guide en vigueur. Il était en effet évident :

- que les clients de l'hôtel n'appartenaient ni au cercle de famille ni à l'entourage le plus immédiat de l'hôtelier,
- et que la retransmission du signal par l'hôtel était effectuée par un "autre organisme" que les radiodiffuseurs à l'origine de la communication initiale.

Les conditions, nécessaires **et suffisantes**, étaient ainsi réunies pour conclure aisément à l'existence d'un acte de communication au public.

<sup>8</sup> *Ibid.*, Glossaire, p.274-275.

<sup>9</sup> *Ibid.*, ch.1, p.80.

L'erreur commise par la Cour, conduisant en l'occurrence à une inutile complexité, aurait pu se résumer à une observation surabondante.

Mais la Cour poursuit son raisonnement en s'égarant plus avant sur la voie d'une complète dénaturation des dispositions conventionnelles.

### *Le retour tronqué à l'"autre organisme"*

Comme rappelé ci-dessus, la Cour a donc déduit à tort le "public" distinct de "l'autre organisme". Par un curieux raisonnement circulaire, elle revient cependant à "l'autre organisme" pour définir le public distinct, mais dans une acception singulièrement "rétrécie".

Le raisonnement s'articule en quatre propositions contenues dans un même paragraphe, au point 42 :

1. *"la clientèle d'un établissement hôtelier forme un tel public nouveau".*
2. *"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."*
3. *"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."*
4. *"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."*

La première est l'affirmation que la Cour entend démontrer.

La seconde est une référence au considérant 27 de la directive 2001/29 selon lequel *"La simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive."* La référence à la *"zone de couverture"* est surprenante dans la mesure où le commentaire précité du Guide de l'OMPI 2003 sur l'article 11 bis, al. 1, précise qu'il ne doit pas en être tenu compte (CB-11 bis.14). Toujours est-il qu'on ne voit en quoi cette seconde proposition démontrerait le caractère "nouveau" du public.

La troisième est un retour à "l'autre organisme" de la Convention de Berne, mais avec une condition, ajoutée par la Cour, tenant à la *"pleine connaissance"*, par ledit organisme, *"des conséquences de son comportement"*.

Enfin, la quatrième proposition permet de comprendre le lien "retour" que la Cour veut établir entre le public nouveau et l'intervention de l'autre organisme : le public nouveau est celui qui, sans l'intervention de l'organisme, ne pourrait jouir de l'œuvre diffusée. Cette intervention doit

donc être "incontournable" selon la terminologie que la Cour utilisera dans ses décisions postérieures.

Pour résumer, le raisonnement de la Cour est le suivant :

"autre organisme"  $\Rightarrow$  "public nouveau",

"public nouveau"  $\Leftarrow$  organisme dont l'intervention est délibérée et incontournable.

Ce dont il se déduit logiquement que :

"autre organisme"  $\Leftrightarrow$  organisme dont l'intervention est délibérée et incontournable.

Cet étrange aller-retour entre "l'autre organisme" et le "public nouveau" conduit en définitive à restreindre le droit conféré par la Convention de Berne.

On rappellera en effet que l'article 11 bis (1) de ladite Convention consacre, au profit des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, trois droits distincts dont le second (ii) est constitué par le "*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*".

Ce droit est mis en œuvre **du seul fait** qu'une communication de l'œuvre radiodiffusée est réalisée par un autre organisme que celui d'origine. Aucune autre condition n'est requise<sup>10</sup>.

**Or, la Cour en réduit le champ en le soumettant à deux conditions :**

- l'autre organisme doit agir sciemment ("*en pleine connaissance des conséquences de son comportement*") ;
- et son intervention doit être déterminante pour donner accès à l'œuvre protégée en sorte que, sans cette intervention, les destinataires de la communication "*ne pourraient en principe jouir de l'œuvre diffusée.*"

**Il s'agit d'une violation manifeste de la Convention de Berne.**

Même si cette violation ne porte pas à conséquence en l'espèce, puisque la solution correspond à celle qui aurait été atteinte bien plus simplement par une exacte application des textes, elle porte les dangers qui se révéleront dans les décisions ultérieures de la Cour.

<sup>10</sup> *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, préc. ch.1, p.80.

### Le but lucratif

La prise en compte du but lucratif pour caractériser un acte d'exploitation, contraire à tous les principes en la matière, n'est évidemment requise ni par la Convention de Berne, ni par les traités de l'OMPI, ni par la directive 2001/29.

Sans affirmer clairement le contraire, la Cour relève qu'un tel but lucratif se trouve en tout état de cause caractérisé en l'espèce :

*"même à considérer, ainsi que le fait valoir la Commission des Communautés européennes, que la poursuite d'un but lucratif ne soit pas une condition nécessaire à l'existence d'une communication au public, il est en tout état de cause établi que le caractère lucratif de la communication existe dans des circonstances telles que celles de l'espèce au principal" (point 44).*

La formulation utilisée ("*même à considérer que ...*") laisse entendre que la Cour serait plutôt favorable à la prise en compte le but lucratif comme condition d'une communication au public.

### L'acte de communication

Il s'agissait ici pour la Cour de caractériser le rôle joué par l'hôtel dans la communication des œuvres radiodiffusées à ses clients, au-delà de la "*simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication*" - en l'occurrence, l'installation des téléviseurs dans les chambres - qui ne pouvait constituer "*en soi*" "*une communication*", aux termes du considérant 27 de la directive 2001/29.

Conformément aux conclusions de son Avocat Général et de la Commission, la Cour dit pour droit que :

*"Si la simple fourniture d'installations physiques ne constitue pas, en tant que telle, une communication au sens de la directive (...) la distribution d'un signal au moyen d'appareils de télévision par un établissement hôtelier aux clients installés dans les chambres de cet établissement, quelle que soit la technique de transmission du signal utilisée, constitue un acte de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive."*

L'acte de communication (curieusement abordé à la fin de l'arrêt) consiste donc dans la distribution (entendue au sens de "transmission") du signal, notion qui sera précisée par la Cour dans son arrêt suivant.



**CJUE 18 mars 2010, *Organismos* (ordonnance), C-136/09** - Directive 2001/29, article 3, paragraphe 1 - Téléviseurs Installés dans des chambres d'hôtel - Retransmission du signal porteur d'émissions radiodiffusées contenant des œuvres protégées - Communication au public (oui)

Le litige au principal opposait l'OSDD, organisme grec de gestion collective des auteurs d'œuvres théâtrales et audiovisuelles, à une société exploitant un hôtel de luxe dont les chambres étaient équipées de téléviseurs reliés à l'antenne centrale de l'hôtel par laquelle étaient reçus les signaux des chaînes de télévision.

La situation était donc similaire à celle de l'arrêt SGAE, sinon que, dans cette dernière affaire, il était précisé que l'hôtel retransmettait par un réseau câblé le signal porteur des programmes aux téléviseurs équipant les chambres de ses clients alors qu'en l'occurrence, la juridiction de renvoi faisait simplement état de téléviseurs reliés à une antenne centrale. On voit mal, cependant, en pratique, comment cette liaison pouvait être opérée autrement que par câble.

Toujours est-il que le sens de l'arrêt SGAE et son application au cas d'espèce ne paraissent pas clairs à la juridiction de renvoi du fait que :

- *"la Cour n'aurait pas expliqué en quoi la « simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication » diffère de la « distribution du signal aux clients de l'hôtel à travers des téléviseurs »,*
- *et "ne préciserait pas non plus le sens de la notion de «distribution de l'œuvre radiodiffusée à cette clientèle au moyen d'appareils de télévision»" (point 27)*

D'où sa question préjudicielle posée en ces termes :

*« La seule installation par l'hôtelier, dans les chambres de l'hôtel, d'appareils de télévision et la connexion de ceux-ci à l'antenne centrale installée dans l'hôtel, en l'absence de toute autre action, médiation ou intervention de l'hôtelier, constituent-elles une communication de l'œuvre au public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 [...] ? Plus précisément, y a-t-il en l'espèce, au regard de l'arrêt [...] SGAE, [précité], une distribution d'un signal aux clients résidant dans les chambres d'hôtel, au moyen des appareils de télévision qui y sont installés, grâce à l'intervention technique de l'hôtelier ? »*

Il s'agissait donc d'une demande de clarification de la notion de "distribution d'un signal" utilisée par la Cour dans l'arrêt SGAE pour caractériser l'acte de communication au public

réalisé par l'hôtel et distinguer l'intervention de ce dernier de la "simple fourniture d'installations" au sens du considérant 27 de la directive.

La Cour, ici, ne se réfère plus à l'ancien Guide de la Convention de Berne (non plus qu'à celui paru en 2003) mais extrait de la citation qu'elle en faisait au point 41 de son arrêt SGAE l'affirmation selon laquelle *"l'auteur, en autorisant la radiodiffusion de son œuvre, ne prend en considération que les usagers directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions"* (point 37).

Elle précise que c'est au regard du public ainsi pris en compte par l'auteur lorsqu'il a délivré l'autorisation d'origine que doit être appréciée l'éventuelle nouveauté du public visé par la communication subséquente :

*"Or, selon la Cour [dans l'arrêt SGAE], la clientèle d'un établissement hôtelier forme un **public nouveau par rapport à celui que l'auteur a pris en compte en autorisant la radiodiffusion de son œuvre**" (point 38).*

Ce critère n'est cependant pas le seul devant être pris en compte pour définir le "public nouveau", dont la nécessité est donc ici clairement affirmée.

Comme dans l'affaire SGAE, la Cour passe en effet par le truchement de l'organisme sans l'intervention délibérée duquel les clients de l'hôtel ne pourraient accéder aux œuvres :

*"Or, selon la Cour, la clientèle d'un établissement hôtelier forme un **public nouveau par rapport à celui que l'auteur a pris en compte en autorisant la radiodiffusion de son œuvre. 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** (arrêt SGAE, précité, point 42) (point 38).*

Dans l'arrêt SGAE, le "nouveau public" pouvait paraître comme un critère surabondant, ajouté par la Cour pour conforter son analyse caractérisant l'acte de communication au public.

Son émergence comme condition nécessaire à la qualification de "communication au public" ne fait ici plus de doute.

Ce nouveau public se trouve désormais doublement défini :

- par référence au public pris en compte dans le cadre de l'autorisation d'origine,
- et (comme dans l'affaire SGAE) par référence au rôle de "l'organisme" : le public est nouveau s'il n'accède à l'œuvre que grâce à l'intervention délibérée ("*en pleine connaissance des conséquences de son comportement*") dudit organisme constitué en l'espèce par l'établissement hôtelier.

On observera qu'il n'est plus ici question de l'"autre organisme" au sens de l'article 11 bis 1 (ii) de la Convention de Berne et dont l'intervention suffit à elle seule à caractériser l'acte de communication au public dans le cadre de la retransmission d'une radiodiffusion initiale.

**L'"organisme" n'est plus "autre" et s'est totalement autonomisé pour constituer un concept propre à la Cour.**

Pour répondre aux interrogations de la juridiction de renvoi, la Cour précise :

- d'une part, que la **"distribution du signal** au moyen d'appareils de télévision" doit s'entendre **au sens large** et sans considération de la configuration technique utilisée dès lors qu'elle permet aux clients d'accéder aux œuvres :

*"En revanche, la distribution d'un signal « au moyen d'appareils de télévision », telle que visée au point 46 de l'arrêt SGAE, précité, doit s'entendre, au sens large, comme toute intervention technique de l'hôtelier, sans considération de la configuration concrète de l'équipement installé dans son établissement, permettant au client de capter le signal dans sa chambre et d'accéder ainsi à l'œuvre radiodiffusée." (point 41)*

- d'autre part, que cette intervention constitutive d'un acte de communication au public **se distingue de la "simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication"** au sens du considérant 27 de la directive aux motifs que celle-ci **ne vise que la vente ou la location de telles installations** :

*"Ainsi, la simple fourniture d'installations physiques, telle que visée au point 46 de l'arrêt SGAE, précité, doit s'entendre comme la seule activité de vente ou de location d'appareils de télévision exercée par des entreprises spécialisées. De telles entreprises ne sauraient, en effet, de ce seul fait, être considérées comme réalisant un acte de communication au public" (point 40).*

**En définitive, l'acte de communication apparaît défini comme le fait de "rendre délibérément accessible l'œuvre protégée" :**

*"Il résulte des considérations qui précèdent, et en particulier des termes « distribution de l'œuvre radiodiffusée [...] au moyen d'appareils de télévision », qu'un hôtelier qui installe, dans les chambres de son établissement, des appareils de télévision aptes à capter les émissions radiodiffusées se livre à un acte de communication au public au sens de la directive 2001/29, puisqu'il rend délibérément accessible l'œuvre protégée au public nouveau que constitue sa clientèle". (point 39)*

**CJUE 4 octobre 2011, Premier League (FAPL) C-403/08 et C-429/08 (affaires jointes)**

*Directive 2001/29, article 3, paragraphe 1 - Retransmission de matchs de football dans des pubs - Acte de communication au public (oui)*

Les faits similaires des deux affaires jointes concernaient l'utilisation, par des cafés-restaurants, de dispositifs de décodage étrangers pour accéder aux rencontres de *Premier League*. Les gérants de ces établissements achetaient auprès d'un distributeur une carte et un boîtier de décodeur permettant la réception d'une chaîne satellitaire diffusée dans un autre Etat membre - en l'occurrence, la Grèce - dont l'abonnement était plus avantageux que celui pouvant être souscrit auprès du distributeur anglais. Les cartes étaient utilisées en violation des obligations

imposées par les radiodiffuseurs prescrivant que les clients n'utilisent pas de telles cartes en dehors du territoire national concerné.

La Football Association Premier League (FAPL), qui administre la *Premier League*, principal championnat de football professionnel pour les clubs anglais, a engagé des actions contre des fournisseurs de matériels et de cartes de décodeur par satellite et contre des exploitants de cafés-restaurant ayant projeté des rencontres de *Premier League* en direct, en utilisant un dispositif de décodage étranger.

S'agissant de la notion de communication au public (l'affaire posait par ailleurs de nombreuses difficultés sur d'autres terrains juridiques), l'une des deux juridictions de renvoi demandait à la Cour si elle devait être interprétée *"en ce sens qu'elle couvre la transmission des œuvres radiodiffusées, au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, aux clients présents dans un café-restaurant."*

La question se subdivisait de fait en trois parties, successivement abordées par la Cour :

- (a) l'article 3, paragraphe 1, de la directive couvre-t-il les communications par haut-parleurs ?
- (b) la transmission en cause en l'espèce constitue-t-elle une communication au public couverte par l'article 3, paragraphe 1 de la directive ?
- (c) si oui, est-elle effectuée à un *"public non présent au lieu d'origine de la communication"* au sens du considérant 23 de la directive 2001/29 ?

(a) L'Avocat Général avait répondu négativement à la première "sous-question", considérant, par une interprétation des travaux préparatoires à l'adoption de la directive, que le législateur européen avait refusé de transposer l'article 11 bis 1 (iii) de la Convention de Berne.

On rappellera que ce texte confère aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques le *"droit exclusif d'autoriser (...) (iii) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée."*

La Cour se prononce en sens inverse.

Elle effectue, en premier lieu, un détour par la **notion de communication dans le domaine des droits voisins** et observe que :

*"il ressort de l'article 8, paragraphe 3, de la directive [2006/115] et des articles 2, sous g), et 15 du traité [de l'OMPI] sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes qu'une telle notion comprend le « fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme » et qu'elle englobe la radiodiffusion ou « une communication quelconque au public »" (point 191).*

Elle invoque ensuite l'article 11 bis 1 (iii) précité de la convention de Berne et l'exposé des motifs de la proposition de directive 2001/29 en date du 10 décembre 1997 visant l'affichage public sur un écran<sup>11</sup> :

<sup>11</sup> *"The expression "communication to the public" of a work covers any means or process other than the distribution of physical copies. (...) If, at any point of a transmission or at the end of a transmission the work is communicated to the public, including through public display on screen, each such communication to the public requires authorization of the author. The notion of "communication to the public" has been used as in the acquis communautaire and the relevant international provisions, such of the Berne Convention and the WCT. As in the acquis communautaire, it is a matter for the national law to define "public"."*

"Plus particulièrement, et ainsi que l'indique explicitement l'article 11 bis, premier alinéa, iii), de la convention de Berne, **ladite notion englobe une communication par haut-parleur ou par tout autre instrument transmetteur de signes, de sons ou d'images, en couvrant** - conformément à l'exposé des motifs de la proposition de directive sur le droit d'auteur [COM(97) 628 final] - un moyen de **communication tel que l'affichage des œuvres sur un écran**" (point 192).

Elle en déduit que, "**comme le législateur de l'Union n'a pas exprimé une volonté différente en ce qui concerne l'interprétation de cette notion dans la directive [2001/29] et notamment à l'article 3 de celle-ci**", "**il convient d'entendre la notion de communication de manière large, comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés**" (point 193).

(b) Pour caractériser la communication au public en cause et, s'agissant en premier lieu de l'acte de communication, la Cour se réfère à l'arrêt SGAE dont elle reprend la notion de "**distribution d'un signal**", mais en ajoutant une dimension intentionnelle qui n'existait dans SGAE que pour caractériser le public nouveau :

"(...) la Cour a déjà jugé qu'un propriétaire d'un établissement hôtelier **réalise un acte de communication** lorsqu'il **permet à ses clients d'accéder aux œuvres radiodiffusées au moyen d'appareils de télévision, en distribuant, en pleine connaissance de cause, dans les chambres de l'hôtel le signal reçu, porteur des œuvres protégées**" (point 194).

En fait, la Cour réalise une sorte de "mixte" entre l'arrêt SGAE et son ordonnance *Organismos* dans laquelle elle avait mis en avant la notion de "**rendre délibérément accessible**", que l'on retrouve dans la formule ci-dessus, la dimension intentionnelle glissant de "rendre accessible" à "distribuer un signal".

Le point suivant, curieusement, ne mentionne plus que l'acte consistant à "permettre délibérément d'accéder" à des œuvres :

"(...) le propriétaire d'un café-restaurant **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 (...) (point 195).

Tandis que la conclusion opte pour le concept de "transmission délibérée" :

"Dans ces conditions, il convient de constater que le propriétaire d'un café-restaurant procède à une communication, **lorsqu'il transmet délibérément des œuvres radiodiffusées, au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, aux clients présents dans cet établissement**" (point 196).

S'agissant du "public nouveau" il est clair qu'il s'agit d'une **condition nécessaire** pour caractériser l'existence d'un acte de communication. La notion est désormais appréhendée, comme dans l'ordonnance *Organismos*, sans **plus aucune référence à la Convention de Berne**. Elle est définie comme le public non pris en compte par les titulaires de droit lorsqu'ils ont autorisé la communication d'origine :

"Cela étant, pour relever (...) de la notion de 'communication au public' (...) **encore faut-il** que l'œuvre radiodiffusée soit transmise à un public nouveau, **c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine**" (197)

Le point 199 précise qu'il s'agit d'un **public supplémentaire** par rapport à celui originairement pris en compte par les auteurs des œuvres en cause :

*"Tel est le cas lors de la transmission des œuvres radiodiffusées par le propriétaire d'un café-restaurant aux clients présents dans cet établissement, car ces clients constituent un public supplémentaire qui n'a pas été pris en considération par les auteurs lors de l'autorisation de la radiodiffusion de leurs œuvres"* (point 199, voir également le point 198).

(c) La Cour doit encore vérifier que la communication est effectuée à un *"public non présent au lieu d'origine de la communication"* au sens du considérant 23 de la directive 2001/29.

Elle se réfère en premier lieu, pour ce faire, aux travaux préparatoires de la directive<sup>12</sup> desquels elle déduit que "ce considérant fait suite à la proposition du Parlement européen qui souhaitait préciser, dans celui-ci, que la communication au public au sens de ladite directive **ne couvre pas** « les représentations ou exécutions directes »" (point 201).

Lesdites "représentations ou exécutions directes" renverraient, en second lieu, selon la Cour, aux "représentation et exécution publiques" prévues à l'article 11, premier alinéa, de la convention de Berne, ces dernières se caractérisant, d'après l'ancien Guide de la Convention de Berne (1978) par "l'interprétation des œuvres devant le public qui se trouve en contact physique et direct avec l'acteur ou l'exécutant de ces œuvres" (point 201).<sup>13</sup>

Or, la Cour constate qu'un "tel élément de contact physique et direct est précisément absent en cas de transmission, dans un lieu tel qu'un café-restaurant, d'une œuvre radiodiffusée au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs au public qui est présent au lieu de cette transmission mais qui n'est pas présent au lieu d'origine de la communication au sens du vingt-troisième considérant de la directive sur le droit d'auteur, à savoir au lieu de la représentation radiodiffusée" (point 203).

On observera que la fin de la phrase précitée contient l'argument clé qui donne immédiatement la solution, sans nécessiter un détour par les travaux préparatoires de la directive et une interprétation de l'ancien guide de la Convention de Berne qui lui-même interprète l'article 11 alinéa 1 de ladite Convention : les pubs, aux publics desquels étaient retransmis les matchs de football, ne constituaient pas le lieu d'origine de la communication.

<sup>12</sup> Position commune (CE) n° 48/2000, arrêtée par le Conseil le 28 septembre 2000 en vue de l'adoption de cette directive (JO C 344, p. 1) :

*"12. Dans son amendement 13, le Parlement européen avait suggéré, entre autres, que les termes « les communications privées » figurant dans le considérant 16 (l'actuel considérant 25) soient remplacés par les termes « les représentations ou exécutions directes ». Dans sa proposition modifiée, la Commission a repris cette suggestion. Le Conseil a cependant estimé que, en l'absence d'une définition de cette notion qui soit acceptée à l'échelle de la Communauté, ces termes risquaient d'être source d'insécurité juridique. Aussi, le Conseil a-t-il préféré, en s'efforçant de déterminer d'une manière claire et positive les actes qui relèvent des droits visés à l'article 3, supprimer ces termes et préciser la question dans les considérants 23 et 24."*

<sup>13</sup> On observera que, plus de 8 ans après la parution du *Guide des Traités* de l'OMPI de 2003, la Cour se réfère toujours - sans conséquence ici - au guide publié en 1978, soit 33 ans plus tôt. La formulation utilisée par la Cour ne se retrouve pas *expressis verbis* dans l'ancien guide qui mentionne "l'interprétation 'vivante', personnelle, jouée sur scène par des acteurs ou réalisée par des exécutants (...)".

Par ailleurs, la Cour se réfère au point 44 de l'arrêt SGAE pour affirmer "*qu'un caractère lucratif d'une « communication » (...) n'est pas dénué de pertinence*" (point 204).<sup>14</sup>

Celui-ci est aisément caractérisé en l'espèce du fait que, "*d'une part, le propriétaire procède à la transmission des œuvres radiodiffusées dans son café-restaurant dans le but d'en profiter et, d'autre part, que cette transmission est susceptible d'attirer des clients intéressés par les œuvres ainsi transmises*", en sorte que "*la transmission en cause se répercute sur la fréquentation de cet établissement et, au bout de compte, sur ses résultats économiques*" (point 205).

**CJUE 13 octobre 2011, Airfield, C-431/09 - Directive 93/83 (câble satellite), article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a) - distributeur de bouquet satellitaire - communication au public par satellite (oui) - Unicité et imputabilité de cette communication**

La question posée en l'espèce était de savoir si un **distributeur de bouquet satellitaire** (en l'occurrence, Airfield, qui intervenait avec l'aide technique de Canal Digitaal) était tenu d'obtenir une **autorisation** des titulaires de droits concernés **s'ajoutant** à celle dont les radiodiffuseurs disposaient déjà au titre de la communication au public par satellite.

L'arrêt précise que, **techniquement**, les programmes télévisés étaient transmis par les diffuseurs selon **deux modalités** :

- "indirecte" : les signaux porteurs des programmes étaient transmis au distributeur par voie terrestre ou via un premier satellite sous forme codée et non accessible au public, le distributeur devant ensuite crypter et diffuser les signaux vers le satellite Astra,
- "directe" : les diffuseurs cryptaient eux-mêmes les signaux et les envoyaient directement vers le satellite, l'intervention du distributeur consistant à recevoir les signaux, les décoder, les recrypter, les diffuser vers le satellite concerné et fournir à ses abonnés le dispositif de décodage leur permettant d'accéder aux programmes.

Le débat portait sur le point de savoir si chacune des transmissions devait être considérée comme constituant "*un seul acte de communication au public par satellite ou, au contraire, si chacune de ces transmissions impliquait deux communications indépendantes*" et, dans la première hypothèse, si le distributeur, par son intervention dans cette communication, n'était pas tenu d'obtenir également une autorisation (point 50).

### **Application des dispositions de la directive 93/83**

La directive applicable était la directive 93/83, dite câble satellite, dont l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a) définit la communication au public par satellite comme :

*"l'acte d'introduction, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, de signaux porteurs de programmes destinés à être captés par le public*

<sup>14</sup> Ce qui n'est pas tout à fait exact puisque, dans l'arrêt SGAE, la Cour s'était contentée d'observer que le caractère lucratif était établi en l'espèce sans prendre position sur la nécessité de ce critère.

*dans une **chaîne ininterrompue de communication** conduisant au satellite et revenant vers la terre."*

Le paragraphe sous c) du même texte précise que :

*"Lorsque les signaux porteurs de programmes sont diffusés sous forme codée, il y a communication au public par satellite à condition que le dispositif de décodage de l'émission soit mis à la disposition du public par l'organisme de radiodiffusion ou avec son consentement."*

La Cour en déduit **4 conditions cumulatives** pour que chaque transmission en cause, directe ou indirecte, puisse être considérée comme constituant *"une seule communication au public par satellite"*, conditions dont elle vérifie successivement la réunion :

1. Les radiodiffuseurs, en transmettant les signaux porteurs de programmes au distributeur, (transmission indirecte) et, a fortiori, en les introduisant eux-mêmes dans la liaison montante vers le satellite (transmission directe), accomplissaient à l'évidence, sous leur contrôle et leur responsabilité, l'acte d'introduction desdits signaux dans la *"chaîne ininterrompue de communication"* visée par le paragraphe sous a) du texte précité (points 53 à 55).

La première condition était donc réunie (point 57).

Anticipant sur ses futurs développements concernant l'imputabilité de l'acte de communication au public la Cour observe (point 56) :

- que le **"contrôle"** et la **"responsabilité"** requis des radiodiffuseurs par le texte précité *"visent non pas la communication dans son ensemble, mais uniquement l'acte d'introduction de signaux porteurs de programmes"*,
  - qu'*"aucune disposition de cette directive n'impose que le pouvoir de contrôle et la responsabilité en ce qui concerne l'ensemble de cette communication doivent avoir un caractère exclusif"*,
  - en sorte que *"rien ne s'oppose à ce que ce pouvoir de contrôle et cette **responsabilité** en ce qui concerne lesdites transmissions indirecte et directe soient, le cas échéant, partagés avec le fournisseur de bouquet satellitaire"*.
2. S'agissant de la condition tenant à la *"chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre"* (3<sup>ème</sup> condition du paragraphe sous a) que l'arrêt envisage en 2<sup>ème</sup>), la Cour observe que les deux modes de transmission en cause (directe et indirecte) sont des *"systèmes de communication fermés"* *"dont le satellite constitue l'élément central, essentiel et irremplaçable"* et que l'intervention du fournisseur de bouquet satellitaire n'interrompt pas la chaîne de communication.
  3. Il était par ailleurs manifeste que les **signaux** porteurs de programmes étaient bien **destinés à être captés par le public** constitué des abonnés d'Airfield :

*"S'agissant de la troisième condition, il n'est pas contesté, d'une part, que, à partir du moment où ces signaux sont émis vers le satellite, ils sont adressés à un public, à savoir le public en possession d'une carte de décodage, fournie par Airfield" (point 65).*

*Par conséquent, il convient de constater que les signaux porteurs de programmes, émis dans le cadre des transmissions directe et indirecte de programmes télévisés, sont*



*destinés à être captés par le public et que ces transmissions satisfont ainsi à la troisième condition prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/83" (point 67).*

4. Enfin, au regard de la condition requise par le paragraphe sous c), la Cour relève que, si les dispositifs de décodage étaient mis à la disposition du public par le fournisseur de bouquet satellitaire, et non par les radiodiffuseurs, il n'est pas établi que ceux-ci n'y aient pas consenti (point 68).

Les 4 conditions requises étant satisfaites, la Cour en déduit que chacune des transmissions directes ou indirectes en cause devait "**être considérée comme constituant une seule communication au public par satellite et donc comme étant indivisible**" (point 69).

Pour autant, cette indivisibilité n'impliquait pas "*que l'intervention du fournisseur de bouquet satellitaire dans cette communication puisse être effectuée sans l'autorisation de titulaires de droit concernés*" (point 70).

A ce stade de l'arrêt, on attend logiquement que soit précisée la participation du distributeur de bouquet satellitaire.

La Cour reprend cependant la démonstration à la base ... sur le fondement de la directive 2001/29 pour appliquer les critères - notamment du nouveau public - qu'elle avait développés dans ce cadre.

### **Appréciation dans le cadre de la jurisprudence de la Cour fondée sur la directive 2001/29**

Il convient de rappeler qu'en ouverture de la discussion sur les questions préjudicielles, la Cour avait précisé que "*compte tenu des exigences découlant de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique de l'Union*", "*les notions utilisées par [la] directive [93/83] doivent être interprétées à la lumière des règles et des principes établis par d'autres directives relatives à la propriété intellectuelle, telles que, notamment, la directive 2001/29*" (point 44).

Invoquant les précédents *SGAE* et *Organismos*, la Cour affirme "*qu'il découle de [sa] jurisprudence*", que l'"*autorisation doit être notamment obtenue par la personne qui déclenche une telle communication ou qui intervient lors de celle-ci, de sorte qu'elle rende, au moyen de cette communication, les œuvres protégées accessibles à un public nouveau, c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne*" (point 72).

Revenant à la directive 93/83, la Cour y introduit ce concept de "déclenchement" d'une communication au public (qui ne figurait pas, quoiqu'elle en dise, dans ses précédents arrêts), pour désigner l'organisme de radiodiffusion comme premier "acteur" de la communication au public par satellite :

*"Dans ce contexte, il convient de relever que, conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/83, une communication au public par satellite, telle que celle en cause dans les affaires au principal, est **déclenchée par l'organisme de radiodiffusion** sous le contrôle et la responsabilité duquel les signaux porteurs de programmes sont introduits dans la chaîne de communication conduisant au satellite. En*

*outré, il est constant que **cet organisme rend ainsi les œuvres protégées accessibles**, en règle générale, à un **public nouveau**. Par conséquent, cet organisme est tenu d'obtenir l'autorisation prévue à l'article 2 de la directive 93/83" (point 75).*

On observera que l'apport de cette notion de "déclenchement" est difficile à percevoir, puisque la Cour était parvenue exactement à la même conclusion sur la seule base du texte de la directive 93/83 (c'est le radiodiffuseur qui accomplit l'acte d'introduction des signaux porteurs de programmes destinés à être captés par le public).

La Cour vérifie ensuite que cette communication au public répond bien à la condition du public nouveau posée par ses précédentes décisions :

*"En outre, il est constant que **cet organisme** [le radiodiffuseur] **rend ainsi les œuvres protégées accessibles**, en règle générale, à un **public nouveau**. Par conséquent, cet organisme est tenu d'obtenir l'autorisation prévue à l'article 2 de la directive 93/83" (point 75).*

On suppose que la "nouveau" du public destinataire de la communication par satellite résultait du fait que les radiodiffuseurs procédaient par ailleurs à une radiodiffusion parallèle classique de leurs programmes, de sorte que les transmissions en cause "s'ajoutent ainsi à ces moyens de diffusion en vue d'élargir le cercle de téléspectateurs recevant les émissions concernées" (points 45 à 47).

La Cour en vient ensuite à caractériser "l'intervention" du fournisseur de bouquet satellitaire dans la communication au public par satellite, justifiant que celui-ci obtienne une autorisation complémentaire de celles dont bénéficient les radiodiffuseurs :

*"(...) un fournisseur de bouquet satellitaire procède, d'une part, au codage de la communication concernée ou fournit aux organismes de radiodiffusion des clés d'accès à cette communication de façon à ce que ses abonnés puissent la décoder et, d'autre part, met à la disposition de ces abonnés les dispositifs de décodage correspondants, **ces opérations permettant ainsi d'établir la liaison entre la communication introduite par les organismes de radiodiffusion et lesdits abonnés**" (point 78).*

Cette "intervention dans le cadre de la communication satellitaire concernée" n'est cependant prise en compte par la Cour qu'en ce qu'elle rend "les œuvres protégées accessibles à un **public qui s'ajoute au public visé par l'organisme de radiodiffusion concerné** (point 79), en ce qu'elle "élargit le cercle de personnes ayant accès aux programmes télévisés et rend possible l'accès d'un **public nouveau** aux œuvres et aux autres objets protégés" (point 82).

Une telle affirmation est en vérité difficilement compréhensible, sauf à considérer que la Cour s'est mal exprimée et que le "public visé par l'organisme de radiodiffusion concerné" s'entend de celui afférent aux radiodiffusions parallèles effectuées par voie terrestre par ledit organisme de radiodiffusion.

En effet, dans la mesure où la Cour considère, à juste titre, que les radiodiffuseurs et le fournisseur de bouquet satellitaire effectuent **ensemble "une seule communication au public par satellite"** qui est "**indivisible**" (point 69 préc.), il s'ensuit nécessairement que cette communication unique s'adresse à un seul et même public, constitué en l'occurrence des abonnés du distributeur de bouquet satellitaire.

On relèvera enfin la référence au **caractère lucratif** de l'intervention dudit distributeur qui "*représente une prestation de service autonome accomplie dans le but d'en retirer un bénéfice*" (point 80).

**CJUE 24 novembre 2011, *Circul Globus*, C-283/10** - Directive 2001/29, 23<sup>ème</sup> considérant, article 3 paragraphe 1, champ d'application - Exécution publique d'œuvres musicales lors de spectacles de cirque - public en contact physique direct avec l'exécutant des œuvres - Communication au public (non)

Il s'agissait de l'interprétation en direct (*live*) d'œuvres musicales dans le cadre de spectacles de cirque et posait la question du champ d'application de la directive 2001/29 au regard des différents types de communication au public.

La juridiction de renvoi demandait si l'article 3 paragraphe 1 de la directive devait être interprété "*en ce sens que la notion de communication au public signifie uniquement la communication au public qui n'est pas présent au lieu d'origine de la communication ou également toute communication d'une œuvre réalisée directement, dans un lieu ouvert au public, par toute forme publique d'exécution ou de présentation directe de l'œuvre.*"

Dans la ligne de son arrêt *Premier League*, la Cour fait valoir que l'intention du législateur européen exprimée dans le 23<sup>ème</sup> considérant, telle que résultant des travaux préparatoires de la directive, était que le droit de communication au public harmonisé ne couvre pas "*les représentations ou exécutions directes, notion qui renvoie à celle de « représentation et exécution publiques » prévue à l'article 11, premier alinéa, de la convention de Berne, laquelle englobe l'interprétation des œuvres devant le public qui se trouve en contact physique et direct avec l'acteur ou l'exécutant de ces œuvres*" (point 35 de l'arrêt, se référant au point 201 de l'arrêt *Premier League*).

Or, la Cour constate qu'en l'espèce les œuvres étaient exécutées en direct, le public étant en contact physique et direct avec les interprètes et, par voie de conséquence, présent au lieu d'origine de la communication, contrairement à l'exigence posée par le 23<sup>e</sup> considérant (point 37).

Répondant à la question de la juridiction de renvoi, elle dit ainsi pour droit que la directive et, plus précisément, son l'article 3 paragraphe 1 "*doivent être interprétés en ce sens qu'ils visent uniquement la communication à un public qui n'est pas présent au lieu d'origine de la communication à l'exclusion de toute communication d'une œuvre réalisée directement, dans un lieu ouvert au public, par toute forme publique d'exécution ou de présentation directe de l'œuvre.*"

**CJUE 15 mars 2012, Del Corso (SCF), C-135/10** - Directive 92/100 (désormais 2006/115, droit de location, de prêt et droits voisins), article 8 paragraphe 2 - rémunération équitable - Retransmission dans un cabinet dentaire de phonogrammes radiodiffusés - Communication au public (non)

Le litige au principal, qui opposait une société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes (SCF) à un dentiste exerçant à Turin (Marco Del Corso) concernait la rémunération équitable réclamée par la SCF au titre de la diffusion, dans les locaux du cabinet dentaire, à titre de musique d'ambiance, d'émissions de radio contenant des phonogrammes.

La Cour y trouve l'occasion d'inaugurer, son concept d'"**appréciation individualisée** de la notion de communication au public" impliquant en l'occurrence :

- de tenir compte du fait que le droit de communication au public **ne revêt pas la même nature en matière de droit d'auteur et de droit à rémunération** :
  - le droit d'auteur est de "*nature préventive*",
  - tandis que le droit à rémunération prévu par l'article 8, paragraphe 2 de la directive 92/100 est un "*droit à caractère compensatoire, qui n'est pas susceptible de s'exercer avant qu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, soit ou ait déjà été utilisé pour une communication au public par un utilisateur*" (point 75)
- et d'apprécier **chaque situation au cas d'espèce** ("*la situation d'un utilisateur précis ainsi que celle de l'ensemble des personnes auxquelles il communique les phonogrammes protégés*"). Cette appréciation lui permet de puiser parmi les critères qu'elle a élaborés pour définir la notion de communication au public, afin de mettre en avant tel ou tel d'entre eux, d'en faire varier l'importance et de les adapter au besoin selon les circonstances de fait pour parvenir au résultat souhaité :

*"Aux fins d'une telle appréciation, il importe de tenir compte de **plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants** les uns par rapport aux autres. Par conséquent, il y a lieu de les appliquer **tant individuellement** que dans leur **interaction** les uns avec les autres, étant entendu qu'ils peuvent, dans différentes situations concrètes, être présents avec une **intensité très variable**."*

En l'occurrence, la Cour retient les critères suivants :

- Pour définir l'acte de communication : le "**rôle incontournable de l'utilisateur**" qui "**intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à ses clients à une émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée**".

La Cour reprend ici le critère élaboré dans l'arrêt SGAE pour définir le public nouveau (et non l'acte de communication qu'elle avait entendu comme la "*distribution d'un signal*").

- Pour définir le public :

**Transformation du critère du "nombre indéterminé de destinataires potentiels" : du "nombre indéterminé" aux "personnes en général"**

Le critère, du "nombre indéterminé de destinataires potentiels", issu des arrêts *Mediakabel* et *Lagardère*, et qui fut repris sans changement dans les arrêts suivants, est ici transformé en public composé de "personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé".

Cette modification est opérée par référence à la définition obsolète et inexacte de la notion de "transmission publique (communication au public<sup>15</sup>)" contenue dans l'ancien Glossaire de l'OMPI datant de 1980 (arrêt, point 85), remplacé depuis 2003 par celui figurant dans le *Guide des Traités* administrés par l'OMPI.

**Critère du "nombre de personnes assez important" : ajout du "seuil de minimis" - limitation des effets cumulatifs à "la même œuvre"**

La Cour ajoute ici que son appréciation quantitative du public (le "nombre de personnes assez important") requiert un "certain seuil de minimis" excluant "une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante" (point 86).

Dans son arrêt SGAE, la Cour avait considéré, d'une part, que le nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels s'entendait non pas des clients occupant chaque chambre de l'hôtel séparément, mais des clients de l'hôtel dans leur ensemble et, d'autre part, qu'il fallait tenir compte du fait que "*habituellement, les clients d'un tel établissement se succèdent rapidement*", ces "effets cumulatifs" impliquant que "*la mise à disposition des œuvres auprès de tels téléspectateurs potentiels [puisse] prendre dans un tel contexte une importance considérable*" (points 38 et 39).

Dans l'affaire *Del Corso*, la Cour reprend cette notion d'"effets cumulatifs" en référence à l'arrêt SGAE, **mais en la limitant à la succession de personnes ayant accès à "la même œuvre"**. Cette appréciation est pour le moins surprenante s'agissant de la diffusion d'émissions de radio qui n'ont évidemment pas le même contenu au long de la journée, en sorte que le nombre de patients ayant successivement accès à la même œuvre est nécessairement limité. Cette précision restreint donc considérablement la prise en compte de patients se succédant dans le temps puisque, dans la majorité des cas, seuls ceux présents au même moment dans le cabinet dentaire auront accès aux mêmes œuvres.

- Prise en compte de la finalité de l'acte de communication au public : le **caractère lucratif est "à plus forte raison" pertinent pour le droit à rémunération**

La Cour juge que ce critère, qualifié de non "*dénué de pertinence*" dans l'affaire *Premier League* (point 204) en matière de droit d'auteur, revêt d'autant plus d'importance "*en présence du droit à une rémunération équitable, tel que prévu à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, eu égard à la nature essentiellement économique de ce droit*" (point 89).

<sup>15</sup> Et non "communication publique" comme l'indique l'arrêt au point 85.

- Public ciblé et réceptif :

Dans une communication au public présentant un caractère lucratif, il est "*sous-entendu que le public qui fait l'objet de la communication est, d'une part, ciblé par l'utilisateur et, d'autre part, réceptif, d'une manière ou d'une autre à sa communication, et non pas «capté» par hasard*" (point 91).

**Appliquant cette grille de critères au cas d'espèce**, la Cour juge que, si le dentiste accomplit bien un acte de communication en raison de son "*intervention délibérée dans la diffusion de phonogrammes*<sup>16</sup>", cet acte ne s'adresse pas à un public du fait que :

- les patients d'un cabinet dentaire "*forment normalement un ensemble de personnes dont la composition est largement stabilisée*", "*constituent donc un ensemble de destinataires potentiel déterminé, les autres personnes n'ayant pas, en principe, accès aux soins de ce dernier*" en sorte qu'"*il ne s'agit pas de personnes en général*" (point 95) ;
- la "*pluralité*" de personnes pouvant écouter le même phonogramme "*en tant que musique d'ambiance*" dans le cabinet dentaire est "*peu importante, voire insignifiante*", étant donné que le cercle de personnes "*présentes simultanément*" "*est, en général, très limité*", et que "*si les clients se succèdent, il n'en demeure pas moins que, présents à tour de rôle, ces clients, en règle générale, ne sont pas destinataires des mêmes phonogrammes, notamment de ceux radiodiffusés*" (point 96) ;
- la "diffusion" en cause **ne revêt pas un caractère lucratif** car le dentiste "*qui diffuse des phonogrammes*<sup>17</sup> *en présence de ses patients en tant que musique d'ambiance*" ne peut en attendre un accroissement de clientèle ni augmenter ses tarifs de ce fait ; elle n'a donc **pas de répercussion sur ses revenus**. Les patients d'un cabinet dentaire ne s'y rendent que pour y être soignés ; "*c'est fortuitement et indépendamment de leurs souhaits qu'ils bénéficient d'un accès à certains phonogrammes*" en sorte qu'"*il ne saurait être présumé que la clientèle normale d'un dentiste soit réceptive à l'égard de la diffusion en question*" (point 98).

**CJUE 15 mars 2012, PPL, C-162/10 - Directive 2006/115 (droit de location, de prêt et droits voisins), article 8 paragraphe 2 - Rémunération équitable - Retransmission de phonogrammes radiodiffusés dans des chambres d'hôtel - Fourniture d'un appareil de lecture et de phonogrammes - Communication au public (oui)**

Une société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes (PPL) mettait en cause une disposition du droit irlandais prévoyant une "exonération" de droits d'auteurs et de droits voisins au bénéfice des exploitants d'hôtels et de pensions de famille au titre de la diffusion d'enregistrements sonores, d'émissions ou de programmes dans les chambres des résidents ou pensionnaires.

<sup>16</sup> Expression d'ailleurs inexacte puisqu'il ne s'agissait pas, en l'occurrence, de diffusion de phonogrammes (le Cabinet dentaire n'est pas un radiodiffuseur), mais de retransmission d'émissions de radio contenant des phonogrammes, c'est-à-dire de retransmission de phonogrammes radiodiffusés.

<sup>17</sup> *Sic.* Même erreur : le dentiste ne diffuse pas de phonogrammes.

Les questions préjudicielles concernaient deux prestations différentes de l'hôtel au regard desquelles la juridiction de renvoi questionnait la qualification d'acte de communication au public :

- la retransmission, au sein du réseau câblé de l'hôtel aboutissant aux téléviseurs présents dans les chambres, de signaux porteurs de programmes de télévision contenant des phonogrammes (a),
- la fourniture, dans les chambres de l'hôtel, d'un appareil de lecture et de phonogrammes "pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif"(b).

(a) Le premier cas de figure était l'exact pendant des affaires *SGAE* et *Organismos* en matière de droits voisins (précisément, de droit à une rémunération équitable tel que prévu par l'article 8 paragraphe 2 de la directive 2006/115).

Ainsi s'explique sans doute que, pour confirmer qu'en ce domaine, l'hôtelier accomplit, comme en droit d'auteur, un acte de communication, la Cour, bien que rappelant au point 31<sup>18</sup> la formule utilisée dans l'arrêt *Del Corso*, applique finalement le critère objectif de la "distribution du signal" résultant de l'arrêt *SGAE*. Elle dit en effet pour droit que :

*"L'exploitant d'un établissement hôtelier qui fournit dans les chambres de ses clients des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé est un «utilisateur» réalisant un acte de «communication au public» d'un phonogramme radiodiffusé, au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115/CE 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."*

Le "rôle incontournable" de même que "l'intervention délibérée" de l'exploitant, bien que mentionnés au point 40 de l'arrêt<sup>19</sup>, disparaissent du point 47<sup>20</sup> et du dispositif précité. Il en résulte que, pour définir l'acte de communication, **la Cour utilise des critères différents dans deux arrêts rendus le même jour.**

S'agissant du public, la Cour applique cette fois les mêmes critères que dans l'affaire *Del Corso*, **mais pour aboutir à un résultat inverse.**

Aux termes de la même "appréciation individualisée" nécessitant de "tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux

<sup>18</sup> "Parmi ces critères, la Cour a, en premier lieu, souligné le rôle incontournable joué par l'utilisateur. En effet, cet utilisateur réalise un acte de communication lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à une émission radiodiffusée contenant l'œuvre protégée à ses clients. En l'absence de cette intervention, ces clients, tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée (voir arrêt SCF, précité, point 82)."

<sup>19</sup> "Il convient de relever, tout d'abord, que, dans la situation envisagée par la juridiction de renvoi dans laquelle l'exploitant d'un établissement hôtelier fournit dans les chambres de ses clients des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé, de même que dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *SGAE*, précité (point 42), bien que se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture du signal porteur des phonogrammes, les clients d'un tel établissement hôtelier ne peuvent jouir des phonogrammes que grâce à l'intervention délibérée de cet exploitant. Son rôle est donc incontournable au sens du point 31 du présent arrêt." (point 40)

<sup>20</sup> "Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de répondre à la première question que l'exploitant d'un établissement hôtelier qui fournit dans les chambres de ses clients des postes de télévision et/ou de radio auxquels il distribue un signal radiodiffusé est un « utilisateur » réalisant un acte de « communication au public » d'un phonogramme radiodiffusé au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115."

autres", devant être appliqués "individuellement ainsi que dans leur interaction les uns avec les autres, étant entendu qu'ils peuvent, dans différentes situations d'espèce, être présents avec une intensité très variable" (point 30 renvoyant au point 79 de l'arrêt *Del Corso*), elle juge que :

- "les clients d'un tel établissement hôtelier constituent un **nombre indéterminé de destinataires potentiels**, dans la mesure où l'accès de ces clients aux services dudit établissement résulte, en principe, du choix propre à chacun d'entre eux et n'est limité que par la capacité d'accueil de l'établissement en question. **Il s'agit donc bien, dans un tel cas de figure, de « personnes en général »** (point 41).
- "Concernant (...) **l'importance du nombre de destinataires potentiels**, il convient de relever que **la Cour a déjà jugé** que les clients d'un établissement hôtelier constituent un **nombre assez important de personnes**, de sorte que celles-ci doivent être considérées comme un public" (point 42) ;
- "S'agissant, enfin, du **caractère lucratif** (...) il y a lieu de constater que, en l'espèce, les clients d'un établissement hôtelier sont qualifiables de « ciblés » et de « réceptifs »" (point 43).

*"En effet, l'acte accompli par l'exploitant d'un établissement hôtelier, visant à donner accès à l'œuvre radiodiffusée à ses clients, constitue une prestation de service supplémentaire ayant une influence sur le standing de cet établissement et, partant, sur le prix des chambres (...). En outre, il est susceptible d'attirer des clients additionnels intéressés par ce service supplémentaire"* (point 44).

La différence d'appréciation entre les affaires *Del Corso* et *PPL* se fait donc sur les critères :

- du public indéterminé constitué de personnes en général par opposition au public déterminé constitutif d'un groupe privé,
- et du caractère lucratif ou non de l'utilisation des phonogrammes en cause.

La condition du **public nouveau**, non appréhendée dans l'arrêt *Del Corso* du fait que la clientèle du cabinet dentaire ne répondait pas à la condition préalable de l'existence d'un public, est définie, de manière classique depuis l'ordonnance *Organismos* comme "un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs de l'œuvre protégée lorsqu'ils ont autorisé son utilisation par la communication au public d'origine" (point 45).

La Cour précise que cette condition "doit également être pris[e] en compte dans le cadre de l'application de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115" (point 50).

(b) S'agissant de la présence dans les chambres d'hôtel de phonogrammes associés à un appareil de lecture, la Cour considère qu'interprétée à la lumière du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes (WPPT), la notion de communication au public visée à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115 comprend cette "forme particulière de transmission" (points 58, 63 et 66).

Elle relève en effet que "l'article 2, sous g), du WPPT, visant la **communication au public** et se référant à l'article 15 de ce traité, précise que cette dernière notion **comprend aussi le fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme**" (point 59).

Par voie de conséquence, "la notion de « communication au public », énoncée à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend



également le fait de rendre audibles par le public les sons ou les représentations de sons fixés sur un phonogramme" (point 60), la cour ajoutant que :

*"Cette conclusion est d'ailleurs corroborée par le libellé même de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115 qui précise qu'il porte sur une communication « quelconque » au public, donc toute forme de communication envisageable et réalisable"* (point 61) ;

*"Or, l'exploitant d'un établissement hôtelier qui fournit dans les chambres de ses clients un dispositif, autre qu'un poste de télévision ou de radio, ainsi que des phonogrammes sous une forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif fournit les deux éléments permettant de rendre audibles les sons ou les représentations de sons fixés sur ces phonogrammes et le support matériel de ces sons ou des représentations de sons, à savoir les phonogrammes"* (point 62) ;

*"Par conséquent, cette forme de communication entre dans le champ d'application de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115, interprété à la lumière des articles 2, sous g), et 15 du WPPT lus conjointement"* (point 63).

**CJUE 7 mars 2013, ITV, C-607/11** - Directive 2001/29 article 3 paragraphe 1 - retransmission sur internet en streaming d'œuvres contenues dans une radiodiffusion télévisuelle terrestre effectuée par un organisme autre que le radiodiffuseur original - public nouveau : condition non requise lorsque la retransmission se fait suivant un mode technique spécifique différent de celui de la communication d'origine - droit de communication au public (oui)

Des chaînes de télévision, radiodiffusant par voie terrestre des émissions librement et gratuitement accessible aux téléspectateurs britanniques, poursuivaient une société retransmettant ces émissions en direct sur Internet (*streaming vidéo live*) à des abonnés se trouvant dans la zone de réception de la radiodiffusion. Le service étant financé par de la publicité venant s'ajouter aux annonces déjà contenues dans lesdites émissions.

A la différence des affaires précédemment tranchées par la Cour, le public pouvait ainsi accéder indifféremment aux émissions soit au moyen d'un poste de télévision, soit sur internet, d'où la question préjudicielle posée par la *High Court of Justice* consistant à savoir si le droit de communication au public s'appliquait à une situation dans laquelle :

*"un tiers (à savoir un organisme autre que le radiodiffuseur original) fournit un service dans lequel des abonnés individuels dans la zone destinée à être la zone de réception de la radiodiffusion, qui pourraient recevoir légalement la radiodiffusion sur un récepteur de télévision dans leur propre maison, peuvent se connecter au serveur du tiers et recevoir le contenu de la radiodiffusion au moyen d'un flux Internet"*.

On comprend entre les lignes que la question concernait la condition du public nouveau, manifestement absente en l'espèce.

Avant d'y répondre, la Cour rappelle :

- d'une part, au visa du considérant 23 de la directive que *"le droit d'auteur de 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"*

- et, d'autre part, au visa de l'article 3, paragraphe 3, que *"l'autorisation de l'inclusion des œuvres protégées dans une communication au public n'épuise pas le droit d'autoriser ou d'interdire d'autres communications au public de ces œuvres"*(point 23).

Elle en déduit que *"le législateur de l'Union, en régissant les situations dans lesquelles une œuvre donnée fait l'objet d'utilisations multiples, a entendu que **chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause**"* (point 24) et ajoute que :

*"Ces constatations sont d'ailleurs corroborées par les articles 2 et 8 de la **directive 93/83** qui exigent une nouvelle autorisation pour une **retransmission simultanée, inchangée et intégrale, par satellite ou par câble**, d'une transmission initiale d'émissions de télévision ou de radio qui contiennent des œuvres protégées, bien que ces émissions puissent être déjà reçues dans leur zone de couverture par d'autres modes techniques, tels que par ondes radioélectriques des réseaux terrestres"* (point 25).

Se focalisant sur **le mode technique de transmission des œuvres** en cause, nonobstant la perche que lui tendait la juridiction de renvoi en instant sur le fait que la retransmission en cause était effectuée par un organisme tiers, la Cour considère que l'acte de communication se trouve caractérisé du fait que *"la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre se fait suivant un **mode technique spécifique** qui est **différent** de celui de la communication d'origine"* (point 26).

Ce même prisme lui permet **de s'affranchir de son propre critère du public nouveau**, qui n'est plus pertinent en présence de deux transmissions - l'une primaire, l'autre secondaire - *"chacune effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public"* (point 39).

La juridiction de renvoi s'interrogeait également sur **l'influence du caractère lucratif** de l'exploitation en cause. La Cour répond **en faisant totalement abstraction** de ses arrêts Del Corso et PPL (rendus en matière de droits voisins) :

*"À cet égard, la Cour a certes relevé que le caractère lucratif d'une « communication », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, **n'est pas dénué de pertinence** (arrêt *Football Association Premier League e.a.*, précité, point 204). Cependant, elle a admis qu'un tel caractère **ne soit pas nécessairement une condition indispensable** qui détermine l'existence même d'une communication au public (voir, en ce sens, arrêt *SGAE*, précité, point 44)"* (point 42).

*"Ainsi, le caractère lucratif n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission, telle que celle en cause au principal, en tant que « communication » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29"* (point 43).

*"Par conséquent, il y a lieu de répondre à la seconde question, sous b), que **la réponse à la première question n'est pas influencée** par le fait qu'une retransmission, telle que celle en cause au principal, est financée par la publicité et revêt ainsi un caractère lucratif" (point 44).*

**CJUE 27 février 2014, OSA, C-351/12** - Directive 2001/29, article 3 paragraphe 1 - *Retransmission dans les chambres d'un établissement thermal d'œuvres musicales radiodiffusées, au moyen d'appareils de télévision et de radio - Droit de communication au public (oui)*

L'OSA, homologue tchèque de la Sacem, poursuivait l'exploitant d'un établissement thermal qui diffusait sans autorisation, au moyen d'appareils de télévision et de radio installés dans les chambres, des œuvres musicales auprès de ses clients.

L'établissement thermal invoquait une exception au droit de communication au public prévue par la loi tchèque pour les œuvres diffusées dans les établissements de soins. La question de la compatibilité de cette loi avec le droit communautaire était ainsi posée.

Cet établissement se prévalait également de la jurisprudence *Del Corso* pour contester l'existence d'actes de communication au public.

Renouant avec une terminologie très proche de l'affaire SGAE, la Cour juge *"qu'un acte de communication au public » (...) existe lorsque l'exploitant d'un établissement thermal (...) **permet à ses patients d'accéder aux œuvres radiodiffusées au moyen d'appareils de télévision ou de radio, en distribuant dans les chambres de celui-ci le signal reçu, porteur des œuvres protégées**" (point 24)*

La motivation, s'agissant en premier lieu de l'acte de communication, emprunte à la fois :

- à l'arrêt *Premier League* :

*"il convient d'entendre la notion de « communication » comme visant **toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés**" (point 25) ;*

*"l'exploitant (...) procède à une communication lorsqu'il **transmet délibérément des œuvres protégées** (...)" (début du point 26),*

- et à l'arrêt SGAE, mais en ajoutant une **dimension intentionnelle** :

*"(...) **en distribuant volontairement un signal au moyen de récepteurs de télévision ou de radio, dans les chambres des patients de cet établissement**" (suite du point 26).*

S'agissant en second lieu de la notion de public, on retrouve les deux critères classiques de la Cour : *"nombre indéterminé de destinataires potentiels"* et *"nombre de personnes assez important"* (point 27).

Le correctif des "effets cumulatifs", posé par l'arrêt SGAE pour l'évaluation quantitative du nombre de personnes "*assez important*", est ici repris, mais avec la précision introduite par l'arrêt *Del Corso* limitant l'appréciation à "*la même œuvre*" :

*"il convient de tenir compte de l'effet cumulatif qui résulte de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels. À cet égard, il est notamment pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement et successivement"* (point 28).

Le "public nouveau" est défini par une formulation issue de l'arrêt *Premier League* : il s'agit d'un "*public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine*" (point 31).

La Cour le caractérise, comme dans l'affaire SGAE, par référence à l'intervention déterminante de l'organisme (en l'occurrence, l'établissement thermal) qui donne accès aux œuvres. C'est parce que, sans cette intervention, les clients de l'établissement ne pourraient accéder aux œuvres, que ces clients peuvent être qualifiés de public nouveau :

*"à l'instar des clients d'un hôtel, les patients d'un établissement thermal constituent un tel public nouveau. En effet, l'établissement thermal est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses patients. En l'absence de cette intervention, ces patients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée"* (point 32).

Elle rejette par ailleurs toute similitude avec le contexte de l'arrêt *Del Corso* (SCF), affirmant clairement que les principes tirés de ce dernier **ne s'appliquent qu'en matière de droits voisins**, au regard du droit à rémunération, et **ne sauraient être étendus au droit d'auteur** :

*"À cet égard, il suffit de relever que les principes tirés de l'arrêt SCF, précité, ne sont pas pertinents dans la présente affaire dès lors que ce dernier concerne non pas le droit d'auteur visé à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, mais le droit à caractère compensatoire des artistes interprètes, des exécutants et des producteurs de phonogrammes qui est prévu à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, 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 346, p. 61)"* (point 35).

On observera qu'aucune allusion n'est faite au **caractère lucratif** de l'usage des œuvres par l'établissement thermal. Ce critère est **totalemt absent de la décision**.

Après avoir ainsi caractérisé les actes de communication au public litigieux, la Cour constate qu'ils ne peuvent relever d'aucune des exceptions prévues à l'article 5 de la directive, en sorte que la loi tchèque apparaît manifestement contraire à cette dernière.

**CJUE 13 février 2014, Svensson, C-466/12** - Directive 2001/29, article 3 paragraphe 1 - Liens hypertexte donnant accès à des articles de presse librement accessibles sur le site source - Droit de communication au public (non)

Cette première affaire d'hyperliens ("liens cliquables" dans la terminologie de la Cour) concernait des articles de presses publiés, avec l'accord des journalistes qui en étaient les auteurs, sur le site d'un journal suédois où ils étaient librement accessibles. Les journalistes poursuivaient en contrefaçon un prestataire de veille internet qui fournissait à ses clients des listes de liens renvoyant vers des articles publiés sur d'autres sites internet, en l'occurrence, vers les articles desdits journalistes.

La juridiction de renvoi demandait en substance à la Cour si constituait un acte de communication au public *"la fourniture, sur un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres protégées disponibles sur un autre site Internet, étant entendu que, sur cet autre site, les œuvres concernées sont librement accessibles."*

La Cour affirme à titre liminaire qu'en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive *"chaque acte de communication d'une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur"*, ce dont il résulte que *"la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un «acte de communication» d'une œuvre et la communication de cette dernière à un «public»"* (points 15 et 16).

S'agissant de la première composante du droit, elle précise que **l'acte de communication** *"doit être entendu de manière large (...) et ce afin de garantir, ainsi qu'il résulte notamment des considérants 4 et 9 de la directive 2001/29, un niveau élevé de protection aux titulaires d'un droit d'auteur"* (point 17, affirmation nouvelle malgré la référence à l'arrêt *Premier League*).

Répondant implicitement à l'exploitant du site contenant les liens qui contestait, soutenu par la Commission, l'existence d'un acte de communication au motif qu'il n'effectuait aucune transmission des œuvres, la Cour rappelle 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"* (point 19).

Or, *"le fait de fournir, sur un site Internet, des liens cliquables vers des œuvres protégées (...) offre aux utilisateurs du premier site un accès direct auxdites œuvres"* (point 18) et doit donc *"être qualifié de « mise à disposition » et, par conséquent, d'«acte de communication»"* (point 20).

S'agissant de la seconde composante relative au **public**, la Cour relève que les critères du *"nombre indéterminé de destinataires potentiels"* et du *"un nombre de personnes assez important"* sont bien réunis en l'espèce, du fait que l'acte de communication effectué par le gérant du site sur lequel figurent les liens cliquables *"vise l'ensemble des utilisateurs potentiels du site que cette personne gère"*, en sorte que la **communication** est bien effectuée *"à un public"* (points 21 à 23).

Ce public n'est pas en revanche nouveau aux yeux de la Cour (condition requise en présence du *"même mode technique de communication"*) du fait que *"l'accès aux œuvres sur [le] site*

[d'origine] *n'était soumis à aucune **mesure restrictive***" et que *"tous les internautes pouvaient donc y avoir **accès librement**"* (point 26).

De ce **libre accès aux ressources reliées** (les articles figurant sur le site du journal), la Cour tire une double déduction :

- puisque les internautes visitant le site sur lequel figurait les liens vers les articles *"pouvaient **directement accéder à ces œuvres sur le site sur lequel celles-ci ont été communiquées initialement sans intervention du gérant de cet autre site**", **l'intervention de ce dernier n'est pas nécessaire** (ou "**incontournable**" selon le vocabulaire utilisé dans les affaires *Del Corso* et *PPL*) pour accéder aux œuvres : on trouve ici une allusion au critère, issu de l'arrêt *SGAE*, de l'organisme qui intervient pour donner accès aux œuvres et sans l'intervention duquel cet accès ne serait pas possible pour une partie du public qui devient de ce fait un public "nouveau" ;*
- de ce fait, *"les utilisateurs du site sur lequel figurent les liens doivent être considérés comme des **destinataires potentiels de la communication initiale** et donc comme **faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur** lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale"* (point 27).

La Cour précise que la solution demeurerait **inchangée** dans l'hypothèse - non avérée en l'espèce - où les liens en cause utiliseraient la technique de la **transclusion** (*framing*) selon laquelle l'œuvre apparaît à l'utilisateur dans l'environnement graphique du site sur lequel figure le lien et non dans celui du site d'origine où figure la ressource reliée, en sorte que ledit utilisateur n'a pas le sentiment d'avoir été transféré vers un autre site. En effet, dans ce cas de figure, le lien constitue toujours un acte de communication à un public qui n'est pas nouveau.

La décision de la Cour étant toute entière fondée sur le constat d'un libre accès aux œuvres sur le site d'origine, il en résulte logiquement que la solution serait différente dans l'hypothèse inverse d'un **accès restreint** aux *"seuls abonnés"* du site par des *"mesures de restrictions"* que le lien permettrait de **"contourner"**. En effet, dans ce cas, la pose du lien *"constitue une **intervention** sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, [et] 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"* (point 31)

La Cour ajoute que *"tel est le cas, notamment, lorsque l'œuvre **n'est plus à disposition du public** sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou qu'elle l'est désormais sur ce site uniquement pour un public restreint, alors qu'elle est accessible sur un autre site Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur"* (point 31, hypothèse en vérité difficilement envisageable, puisque si la ressource n'est plus disponible sur le site source, on ne voit pas comment le lien pourrait y renvoyer).

Enfin, répondant à la dernière question de la juridiction de renvoi, la Cour affirme sans surprise 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"* (point 41).

Il résulte clairement de cet arrêt que **la protection d'une œuvre**, dès lors qu'elle est publiée sur un site web, **n'est plus assurée par principe, mais sous condition** que l'accès à ce site soit soumis à des mesures de restriction. A défaut, en effet, selon la Cour, l'auteur (ou ses ayants droit) sera réputé avoir consenti à ce que des tiers puissent donner accès à l'œuvre à partir d'autres sites au moyen de liens hypertexte.

Ainsi, par un renversement spectaculaire sur le plan des principes, il ne revient plus à l'utilisateur de prouver qu'il bénéficie d'une autorisation pour exploiter l'œuvre, mais à l'auteur d'établir qu'il a pris toutes dispositions pour empêcher cette utilisation. Le système est plus contraignant encore que *l'opt-out* puisqu'il ne suffira pas à l'auteur d'affirmer qu'il refuse l'exploitation mais devra établir avoir pris des mesures de restriction à cette fin.

Quelles mesures, l'arrêt ne le dit pas, ce qui ne manquera pas d'alimenter de futures questions préjudicielles.

On observera, en outre que la Cour encourage ainsi paradoxalement les auteurs à restreindre la diffusion de leurs œuvres, ce qui n'a certainement jamais été la volonté du législateur européen.

**CJUE 21 octobre 2014, Bestwater (ordonnance), C-348/13** - *Directive 2001/29, article 3 paragraphe 1 - Lien hypertexte donnant accès à un film publicitaire censé être librement accessible sur le site source - Droit de communication au public (non)*

L'affaire concernait un film publicitaire produit par une société commercialisant des filtres à eaux. Cette vidéo pouvait être visionnée sur YouTube. Une société concurrente y donnait accès sur son propre site, au moyen d'un lien de transclusion.

La juridiction de renvoi interrogeait la Cour sur les conséquences de l'utilisation de cette technique de la transclusion pour la qualification de "communication au public", question à laquelle la Cour avait déjà répondu dans l'affaire Svensson, ce pourquoi elle se prononce ici par voie d'ordonnance.

Il convient de préciser que, comme le rappelle la Cour au point 4 de son arrêt, la société productrice de la vidéo publicitaire en cause soutenait que celle-ci avait été mise en ligne sur YouTube **sans son consentement**.

Cette circonstance factuelle, marquant pourtant une différence fondamentale avec le contexte de l'affaire Svensson, semble n'avoir pas été prise en compte dans le litige au principal. En tous cas, la juridiction de renvoi n'en faisait pas mention dans sa question préjudicielle, si bien que la Cour n'en fait pas davantage cas et raisonne comme si les faits étaient similaires à ceux de son précédent arrêt.

Synthétisant sa jurisprudence depuis l'arrêt ITV, elle affirme que *"pour être qualifiée de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, une œuvre protégée doit être communiquée selon un **mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été déjà pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de leur œuvre au public**"* (point 14).

Or, pour la Cour, l'acte de communication constitué par la fourniture du lien donnant accès à l'œuvre figurant sur le site source *"utilise le même **mode technique** que celui déjà utilisé pour communiquer cette œuvre sur cet autre site Internet"* (point 15).

La condition du public nouveau était donc nécessaire, mais faisait défaut comme dans l'affaire Svensson, du fait que la vidéo en cause était supposée être librement accessible sur YouTube avec l'accord de son producteur :

*"En effet, dès lors que et tant que cette œuvre est **librement disponible sur le site vers lequel pointe le lien Internet**, il doit être considéré que, lorsque les titulaires du droit d'auteur ont autorisé cette communication, ceux-ci **ont pris en compte l'ensemble des internautes comme public**"* (point 18).

On observera le glissement sémantique (volontaire ?) entre les deux arrêts Svensson et Bestwater : dans le premier, la Cour considère en substance que les utilisateurs du site contenant le lien sont virtuellement compris dans le public visé par l'autorisation d'origine donnée au site source ; ici, le public pris en compte pour ladite autorisation devient *"l'ensemble des internautes"*.

Sur la question posée par la juridiction de renvoi la Cour conclut, comme dans l'affaire Svensson, à l'**indifférence de la transclusion** dont elle donne au passage la définition suivante:

*"la technique de la «transclusion» [consiste] à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un d'eux, au moyen d'un lien Internet «incorporé» («inline linking»), un élément provenant d'un autre site afin de dissimuler aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément"* (point 17).

**CJUE 26 mars 2015, C More, C-279/13** - Directive 2001/29, Article 3, paragraphe 2, sous d) - Droit voisin des radiodiffuseurs - Liens permettant de visionner en direct des matchs de hockey en contournant le système de page du site source - Droit de mise à la disposition au sens de la directive (non) - Possibilité pour une réglementation nationale d'étendre le droit exclusif des organismes de radiodiffusion à des communications au public non couvertes par la directive (oui)

Un particulier avait placé sur son site internet des liens permettant de visionner gratuitement et en direct des matchs de hockey diffusés en accès payant sur le site internet de la chaîne de télévision C More. Ces liens contournaient le système de page mis en place sur le site source.



Engagée sur le fondement du droit d'auteur et des droits voisins, l'affaire s'est concentrée sur le terrain des droits voisins, les juges du fond suédois ayant considéré en appel "*qu'aucune partie du travail des commentateurs, des caméramans et des réalisateurs des diffusions de matchs de hockey sur glace, considérée isolément ou conjointement, ne présentait l'originalité requise par la loi (...) pour être protégée par le droit d'auteur*" (point 17).

La Cour suprême suédoise, relevant que la législation nationale prévoyait des droits voisins plus étendus que ceux énoncés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29, demandait à la Cour si la législation de l'Union s'opposait à ce qu'une législation nationale "*étende le droit exclusif des organismes de radiodiffusion visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard d'actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet, tels que ceux en cause au principal*" (points 19 et 22).

La Cour raisonne en deux temps, pour vérifier que le droit de mise à la disposition du public, tel que prévu par la directive au bénéfice des organismes de radiodiffusion, ne s'applique pas au cas d'espèce (a) puis, pour considérer que les Etats membres ont la faculté d'étendre la protection accordée à ces organismes au titre du droit voisin, au-delà du droit conféré par la directive (b).

(a) Après avoir relevé que "*la notion de 'mise à la disposition du public' fait partie de celle, plus large, de 'communication au public'*", la Cour affirme que, "*pour être qualifié d'«acte de mise à la disposition du public», au sens de [l'article 3, paragraphe 2 de la directive], un acte doit remplir cumulativement les deux conditions énoncées à cette disposition, à savoir permettre au public concerné d'accéder à l'objet protégé en cause tant de l'endroit qu'au moment que chacun choisit individuellement*"(points 24 et 25)

On rappellera que ce texte dispose que :

*"2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement : [...]*

*d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite."*

Or, la Cour constate que "*tel n'est pas le cas d'émissions diffusées en direct sur Internet, telles que celles en cause au principal*" (point 27), du fait, comprend-on, que le public n'a pas le choix du moment où il accède à l'émission concernée lorsque celle-ci est diffusée en direct.

On pourrait ajouter qu'un autre argument, non invoqué par la juridiction de renvoi non plus que par la Cour, conduisait à considérer que l'article 3, paragraphe 2, précité ne s'appliquait pas au cas d'espèce. Ce texte ne concerne, en effet, que la mise à la disposition du public des "*fixations*" des émissions des radiodiffuseurs alors qu'en l'occurrence, le lien litigieux permettait d'accéder au signal de l'émission diffusée en direct.

Il en résultait donc que les liens litigieux ne concernaient pas un droit harmonisé.

Restait alors la question posée par la juridiction de renvoi : une législation nationale peut-elle conférer une protection dans les cas non régis par la directive ?

(b) La Cour répond par l'affirmative en disant pour droit que la directive 2001/29 devait être interprétée en ce sens qu'elle "*ne s'oppose pas à une réglementation nationale étendant le droit exclusif des organismes de radiodiffusion visés à [l'article 3, paragraphe 2, sous d)], à l'égard d'actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet, tels que ceux en cause au principal, à condition qu'une telle extension n'affecte pas la protection du droit d'auteur*".

Elle relève à cet égard que "*le législateur de l'Union n'a procédé qu'à une harmonisation partielle des droits d'auteurs et des droits voisins*", l'objectif poursuivi par la directive 2001/29 étant d'harmoniser "*uniquement dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur*" et non de "*supprimer ou de prévenir les disparités entre les législations nationales qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur*" (point 29).

Puis elle observe que le considérant 16 de la directive 2006/115<sup>21</sup> (anciennement 92/100) permet aux Etats membres de prévoir une protection plus large que celle accordée par l'article 8, paragraphe 3<sup>22</sup>, de ladite directive en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public, et que cette faculté est préservée par le considérant 20<sup>23</sup> de la directive 2001/29 (points 32 et 33).

Rien ne s'opposait par conséquent à ce que la législation suédoise permette à un organisme de radiodiffusion de contrôler la transmission en direct de ses programmes sur internet.

On précisera que, se référant à cet arrêt *C More*, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt *Playmédia* du 2 février 2016<sup>24</sup>, a jugé, sur le fondement du droit non harmonisé de télédiffusion prévu par l'article L.216-1 du Code de la propriété intellectuelle, qu'une entreprise de communication audiovisuelle "*bénéficie du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public en ligne et à la demande de ses programmes, y compris par le recours à des liens profonds par la technique de la 'transclusion'*".

<sup>21</sup> "*Les Etats membres devraient pouvoir prévoir, pour les titulaires de droits voisins du droit d'auteur, des dispositions plus protectrices que celles qui sont prévues par la présente directive en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public.*"

<sup>22</sup> "*Les Etats membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques, ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée.*"

<sup>23</sup> "*La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE (...) Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement.*"

<sup>24</sup> Cour d'appel de Paris, pôle 5 - ch. 1, 2 février 2016, *France Télévisions / Playmedia*  
<https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-5-ch-1-arret-du-2-fevrier-2016/>

**CJUE 14 juillet 2015, SPA, (ordonnance), C-151/15 - Directive 2001/29, Article 3, paragraphe 1 - Retransmission d'œuvres musicales et "musico-littéraires" dans un café-restaurant au moyen d'un appareil de radio relié à des haut-parleurs - Communication au public (oui)**

Le litige au principal opposait une société portugaise de droits d'auteurs (la SPA) aux exploitants d'un café-restaurant *"qui disposait, dans ses locaux, d'un appareil de radio auquel étaient reliés huit haut-parleurs transmettant aux clients présents des œuvres musicales et des œuvres musico-littéraires, diffusées par une station émettrice de radio"* (point 5).

La Cour ayant déjà jugé d'une situation similaire dans l'affaire *Premier League*, elle y renvoie pour constater que le café-restaurant accomplissait bien des actes de communication, ajoutant que l'utilisation de hauts parleurs et d'amplificateurs ne modifiait en rien la conclusion (points 13 à 17).

Sans surprise, elle constate que la communication vise *"un nombre indéterminé de destinataires potentiels"* et *"implique un nombre assez important"* puisque, *"à l'instar des clients d'un hôtel, les clients d'un café-restaurant se succèdent rapidement"*, en sorte qu'il s'agit bien d'un "public" (point 20).

Ce public est également nouveau car les clients du café-restaurant *"constituent un public supplémentaire qui n'a pas été pris en considération par les auteurs, lors de l'autorisation de la radiodiffusion de leurs œuvres"* (point 23).

Par ailleurs, comme dans l'affaire *Premier League*, la Cour considère que ce public, *"présent au lieu de la transmission"* ne l'est pas *"au lieu d'origine de la communication"* au sens du considérant 23 de la directive, *"dans la mesure où un élément de contact physique et direct est absent en cas de transmission, dans un lieu tel qu'un café-restaurant, d'une œuvre radiodiffusée au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs"* (point 24).

Le **caractère lucratif**, qui avait **disparu** des arrêts de la Cour en matière de droit d'auteur depuis l'affaire *Premier League*<sup>25</sup>, **fait son retour** en tant que critère qui *"n'est pas dénué de pertinence"*.

Il se trouve caractérisé en l'espèce *"dans la mesure où le propriétaire d'un café-restaurant procède à la transmission des œuvres radiodiffusées dans cet établissement dans le but d'en profiter, où cette transmission est susceptible d'attirer des clients intéressés par les œuvres ainsi transmises et où ladite transmission a, par conséquent, une répercussion sur la fréquentation de cet établissement et, in fine, sur ses résultats économiques"* (point 27).

<sup>25</sup> Une référence y était faite dans l'arrêt *Airfield*, via la notion de *"prestation de service autonome accomplie dans le but d'en retirer un bénéfice"* mais pas en tant que critère de la communication au public.

Dans l'affaire *Airfield*, la question posée à la Cour portait sur le point de savoir si un distributeur de bouquet satellitaire accomplissait un acte de communication au public (au sens de la directive "câble-satellite" interprétée à la lumière de la directive 2001/29) et si ledit distributeur était par conséquent tenu d'obtenir une autorisation des titulaires de droits s'ajoutant à celle dont les radiodiffuseurs disposaient déjà au titre de la communication au public par satellite. A cet effet, la juridiction de renvoi demandait si chacune des transmissions devait être considérée comme constituant "un seul acte de communication au public par satellite ou, au contraire, si chacune de ces transmissions impliquait deux communications indépendantes" (point 50).

Dans l'affaire SBS, la question posée était en quelque sorte la réciproque, puisqu'elle portait cette fois sur l'activité du radiodiffuseur et sur la nécessité, pour celui-ci, d'obtenir une autorisation en sus de celle incombant aux distributeurs de ses programmes.

Dans les deux cas, ces derniers étaient transmis selon un processus en deux étapes : du radiodiffuseur au distributeur, puis du ou des distributeur(s) à son/leurs public(s) d'abonnés. Dans ce type de processus, dénommé "injection directe", le public ne peut accéder aux programmes lors de la phase de transmission initiale entre le radiodiffuseur et son ou ses distributeurs.

L'affaire *Airfield* concernait un seul distributeur qui opérait par satellite tandis que dans l'affaire SBS, le radiodiffuseur disposait de trois distributeurs opérant selon trois modes différents : satellite, câble et ligne xDSL.

Cette différence était cependant sans incidence sur les questions envisagées qui portaient dans les deux cas sur la qualification d'une ou plusieurs communication(s) au public

Bien que les deux affaires aient été tranchées dans le cadre de directives différentes (93/83 câble- satellite pour la première, 2001/29 pour la seconde), ce point ne paraît pas davantage significatif puisque, dans les deux cas, les mêmes notions de "communication" et de "public" étaient en cause. De surcroît, la Cour avait considéré, dans l'affaire *Airfield*, que la directive 93/83 devait être interprétée "à la lumière" de la directive 2001/29.<sup>26</sup>

La Cour a pourtant rendu des décisions diamétralement opposées.

Dans l'affaire *Airfield*, l'acte de communication au public accompli par le radiodiffuseur n'était pas même contesté et la Cour l'a aisément caractérisé :

- l'acte de **communication** résultait de la transmission des signaux porteurs de programmes au distributeur (points 53 à 55),

<sup>26</sup> "compte tenu des exigences découlant de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique de l'Union", "les notions utilisées par [la] directive [93/83] doivent être interprétées à la lumière des règles et des principes établis par d'autres directives relatives à la propriété intellectuelle, telles que, notamment, la directive 2001/29" (point 44).

- et ces signaux porteurs de programmes étaient destinés à être captés par le **public** constitué des abonnés dudit distributeur :

*"(...) il n'est pas contesté, d'une part, que, à partir du moment où ces signaux sont émis vers le satellite, ils sont adressés à un public, à savoir le public en possession d'une carte de décodage, fournie par Airfield" (point 65).*

*"Par conséquent, il convient de constater que les signaux porteurs de programmes, émis dans le cadre des transmissions directe et indirecte de programmes télévisés, sont destinés à être captés par le public et que ces transmissions satisfont ainsi à la troisième condition prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/83" (point 67).*

Elle a considéré :

- que chacune des transmissions en cause devait **"être considérée comme constituant une seule communication au public par satellite et donc comme étant indivisible"** (point 69),
- et que cette unique communication au public était **"déclenchée par l'organisme de radiodiffusion"**<sup>27</sup>, le fournisseur de bouquet satellitaire y **"intervenant"** en "permettant d'établir **la liaison entre la communication introduite par les organismes de radiodiffusion et lesdits abonnés**"<sup>28</sup>.

Il en résulte nécessairement que cet acte unique de communication au public est imputable conjointement aux deux organismes qui le réalisaient et engage leur responsabilité conjointe, puisque *"rien ne s'oppose à ce que ce pouvoir de contrôle et cette responsabilité [du radiodiffuseur] en ce qui concerne lesdites transmissions indirecte et directe soient, le cas échéant, partagés avec le fournisseur de bouquet satellitaire"* (point 56).

Dans l'affaire SBS, la Cour considère également que le radiodiffuseur accomplit un acte de communication en transmettant les signaux porteurs de programmes à ses distributeurs :

*"En l'occurrence, il ressort de la demande de décision préjudicielle que l'organisme de radiodiffusion en cause au principal transmet les signaux porteurs de programmes à plusieurs distributeurs de signaux, par satellite, câble ou ligne xDSL, et donc par différents moyens ou procédés techniques" (point 18).*

*"Il s'ensuit que de telles transmissions, parallèles ou non, doivent être considérées comme constituant des «actes de communication», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29" (point 19).*

<sup>27</sup> *"Dans ce contexte, il convient de relever que, conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/83, une communication au public par satellite, telle que celle en cause dans les affaires au principal, est déclenchée par l'organisme de radiodiffusion sous le contrôle et la responsabilité duquel les signaux porteurs de programmes sont introduits dans la chaîne de communication conduisant au satellite" (point 75).*

<sup>28</sup> *"(...) un fournisseur de bouquet satellitaire procède, d'une part, au codage de la communication concernée ou fournit aux organismes de radiodiffusion des clés d'accès à cette communication de façon à ce que ses abonnés puissent la décoder et, d'autre part, met à la disposition de ces abonnés les dispositifs de décodage correspondants, ces opérations permettant ainsi d'établir la liaison entre la communication introduite par les organismes de radiodiffusion et lesdits abonnés" (point 78).*

Mais à la différence de l'affaire *Airfield*, elle estime que cet acte ne vise pas un public, puisque la transmission des signaux porteurs de programmes ne s'effectue qu'à destination "*des distributeurs individuels et déterminés sans que des téléspectateurs potentiels puissent y avoir accès*" (point 22). Or, selon la Cour, ces distributeurs, qui sont "*des professionnels individuels et déterminés*", **ne peuvent constituer un public** au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

La différence est frappante avec le raisonnement de l'arrêt *Airfield* qui, appréhendant le processus dans son ensemble comme un acte **unique et indivisible** de communication au public, avait considéré, comme il a été rappelé, que la transmission des signaux porteurs de programmes effectuée par le radiodiffuseur au distributeur de bouquet satellitaire **visait dès l'origine le public des abonnés de son distributeur**.

Aucune considération juridique ou factuelle ne paraît propre à justifier pareille contradiction entre ces deux décisions.

**CJUE (Grande Chambre) 31 mai 2016, *Reha Training*, C-117/15 - Directive 2001/29, article 3, paragraphe 1 - Directive 2006/115 article 8, paragraphe 2 (rémunération équitable) - Retransmission, dans les locaux d'un centre de rééducation, d'œuvres et d'objets radiodiffusés au moyen d'appareils de télévision - Communication au public (oui)**

L'affaire au principal, qui portait à la fois sur les droits d'auteurs et les droits voisins, concernait la retransmission, au moyen de téléviseurs installés dans les salles d'attente et la salle d'exercice d'un centre de rééducation, d'émissions de télévision contenant des œuvres, des interprétations et des phonogrammes protégés.

### ***L'unification des critères d'appréciation de la notion de communication au public en droit d'auteur et en droits voisins***

La juridiction de renvoi demandait en premier lieu à la Cour si l'existence d'une communication au public devait être appréciée selon les mêmes critères dans le cadre de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115.

Elle estimait, pour sa part, que les mêmes critères devaient s'appliquer pour conclure à l'existence dans les deux cas d'une communication au public, mais que l'arrêt *Del Corso* s'opposerait à ce qu'elle statue en ce sens, du fait que le contexte d'un cabinet dentaire, tel qu'appréhendé par la Cour dans ledit arrêt, était similaire à celui d'un centre de rééducation (point 15 à 18).

La Cour répond :

- qu'en vertu du considérant 20 de la directive 2001/29<sup>29</sup> "*l'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit s'effectuer sans préjudice de celle de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115*" (points 25 à 27),

<sup>29</sup> "(20) La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE, 92/100/CEE, 93/83/CEE, 93/98/CEE et 96/9/CE. Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. **Les dispositions**

- et que, "compte tenu des exigences d'unité et de cohérence de l'ordre juridique de l'Union, les notions utilisées par les directives 2001/29 et 2006/115 doivent avoir la même signification, à moins que le législateur de l'Union n'ait exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente" (point 28).

Or, bien qu'il résulterait de la comparaison des deux textes en cause "que la notion de « communication au public », figurant dans ces dispositions, est utilisée dans des **contextes** qui ne sont **pas identiques** et vise des **finalités, certes similaires, mais toutefois en partie divergentes**", "rien ne permet d'affirmer que le législateur de l'Union a voulu conférer à la notion de « communication au public » une signification différente dans les contextes respectifs des directives 2001/29 et 2006/115" (points 29 et 31).

La Cour juge, par conséquent, que dans une affaire concernant non seulement les droits d'auteur, mais des droits voisins, la notion de communication au public doit être appréciée "selon les mêmes critères" et recevoir "la même signification", "afin, notamment, d'éviter des interprétations contradictoires et incompatibles entre elles, en fonction de la disposition applicable" (points 33 et 34).

### ***L'appréciation individualisée***

La juridiction de renvoi, comme d'ailleurs l'Avocat Général, s'était essayée à un exercice de synthèse des critères résultant de la jurisprudence de la Cour, qu'elle demandait en substance à celle-ci de valider<sup>30</sup>. Elle demandait également à la Cour si elle entendait maintenir sa jurisprudence *Del Corso*<sup>31</sup>.

Avant d'y répondre, la Cour réaffirme sa règle générale de l'"appréciation individualisée" qu'elle avait inaugurée dans ses arrêts *Del Corso* et *PPL*, règle qui préside à l'application de tous les critères élaborés par la Cour :

*"A cet égard, la Cour a déjà jugé que pour apprécier l'existence d'une communication au public, il importe de tenir compte de **plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants** les uns par rapport aux autres. Ces critères pouvant, dans différentes situations concrètes, être présents avec **une intensité très variable**, il y a lieu de les appliquer **tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres**" (point 35).*

***de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement.***"

<sup>30</sup> "la question de l'existence d'une 'communication au public' (...) est-elle toujours déterminée selon les mêmes critères, à savoir : (...)" (1<sup>ère</sup> question posée par le Tribunal Régional de Cologne).

<sup>31</sup> "(...) la Cour maintient-elle sa jurisprudence selon laquelle, en cas de communication de phonogrammes protégés dans le cadre d'émissions de radiodiffusion destinées à des patients d'un cabinet dentaire (...) ou d'autres établissements similaires, il n'y a pas de communication au public ?" (4<sup>e</sup> question préjudicielle).

## *L'acte de communication*

La Cour rappelle, selon sa formule apparue dans l'arrêt *Svensson* et qualifiée par certains de "tautologique", que "la notion de « communication au public » associe **deux éléments cumulatifs**, à savoir un « **acte de communication** » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « **public** »" (point 37).

S'agissant de l'acte de communication, la juridiction de renvoi et l'Avocat Général traduisaient, chacun à sa manière, ce qu'ils pensaient être la jurisprudence de la Cour, la première, en proposant une définition très synthétique, le second, en compilant en quatre points, des critères alternativement utilisés par la Cour.

La définition de la juridiction de renvoi avait un contenu similaire au premier point des explications de l'Avocat Général. Tous deux s'inspiraient de la définition des arrêts *Del Corso* et *PPL*, combinant la notion de "donner accès" (1) à l'intention délibérée (2) et au rôle incontournable de l'utilisateur (3), qui étaient pour la première fois associés dans ces arrêts<sup>32</sup> :

### Jugement du Tribunal Régional de Cologne :

*"un utilisateur agit en **pleine connaissance** (2) des conséquences de ses actes afin de **rendre une œuvre protégée accessible** (1) à des tiers qui, **sinon, n'y auraient pas accès** (3)" (point 19 de l'arrêt) ;*

### Conclusions de M. l'Avocat Général Yves Bot :

*"En ce qui concerne l'«acte de communication», il convient d'insister sur **le rôle incontournable de l'utilisateur** (3) qui doit agir de façon **délibérée** (2). En effet, il y a réalisation d'un acte de communication lorsque l'utilisateur intervient en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour **donner accès** (1) à une œuvre protégée à ses clients. À ce titre, la Cour a précisé qu'il est nécessaire que l'intervention de l'utilisateur constitue non pas un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture, mais **un acte sans lequel ces clients ne peuvent jouir des œuvres diffusées**, tout en se trouvant à l'intérieur de ladite zone (3)" (point 46 des conclusions de l'Avocat Général).*

Le second point de l'Avocat Général mentionnait que "Par ailleurs, la notion de «communication» doit être entendue au sens large comme recouvrant **toute transmission d'une œuvre protégée, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés**" (point 47 des conclusions de l'Avocat Général). On retrouve ici une formule issue des arrêts *Premier League*, *OSA* et *SPA*.

Le troisième point se référait à la notion de "**distribution volontaire d'un signal**", retenue dans l'arrêt *OSA*<sup>33</sup> :

<sup>32</sup> Jusqu'alors, ainsi qu'il a été précédemment relevé, le rôle incontournable de l'utilisateur n'était invoqué que pour caractériser le public nouveau et n'intervenait pas au stade de la caractérisation de l'acte de communication.

<sup>33</sup> Mais non dans l'arrêt *Premier League*, contrairement à ce qu'indique l'Avocat Général.



*"En outre, la Cour a déjà jugé que les exploitants d'un café-restaurant, d'un hôtel ou d'un établissement thermal procèdent à un acte de communication lorsqu'ils transmettent délibérément à leur clientèle des œuvres protégées, en **distribuant volontairement un signal** au moyen de récepteurs de télévision ou de radio qu'ils ont installés dans leur établissement" (point 48).*

Enfin, le quatrième point qui conclut les observations de Monsieur Bot reprend l'association opérée dans l'ordonnance *Organismos* entre le fait de donner accès et l'intention délibérée (sans rôle incontournable) :

*"Dès lors, conformément à la jurisprudence de la Cour susmentionnée, il ne fait aucun doute, selon nous, que Reha Training a, en **pleine connaissance** des conséquences de son acte, **rendu accessibles des œuvres protégées au public** que constituent ses patients, réalisant ainsi un «acte de communication»" (point 50).*

**La Cour** ne reprendra rien de la définition proposée par la juridiction de renvoi, et le point 2 seulement des observations de l'Avocat Général.

Elle considère en effet que l'acte de communication :

*"vise toute transmission des œuvres protégées indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé" (point 38),*

ajoutant que, *"par ailleurs"* :

*"chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause" (point 39).*

L'association de ces deux affirmations (dont la seconde est issue de l'arrêt *ITV*) surprend, car on ne peut manquer d'y voir une flagrante contradiction : pourquoi, en effet, si le moyen ou le procédé de transmission est indifférent, faudrait-il distinguer les transmissions ou retransmissions qui utilisent un mode technique spécifique ?

La présence, à ce stade du raisonnement, de la seconde affirmation est tout aussi surprenante : faudrait-il en déduire que lorsqu'une transmission utilise un "mode technique spécifique", il ne serait pas nécessaire qu'elle vise un public ? On sait que ledit "mode technique spécifique" dispense de la condition du "public nouveau" (arrêt *ITV*), mais il est difficile d'imaginer qu'elle dispense de public tout court.

La formulation de l'arrêt paraît d'autant plus malencontreuse qu'*a contrario*, elle signifierait que chaque retransmission qui utiliserait le même mode technique que la transmission primaire n'aurait pas, en principe, à être autorisée, ce qui aboutirait à la conséquence absurde d'un épuisement du droit de communication au public pour le mode technique considéré, conclusion qui contredirait radicalement l'article 3, paragraphe 3 de la directive 2001/29<sup>34</sup> prohibant un tel épuisement.

<sup>34</sup> *"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."*

## ***Le public***

S'agissant de la notion de public, la Cour opère une synthèse qui intègre les critères *Del corso* et *PPL* originellement conçus pour s'appliquer aux droits voisins.

Le critère, devenu classique dans sa jurisprudence, du "*nombre indéterminé*" de destinataires potentiels se transforme ainsi en "*caractère indéterminé du public*", l'indétermination qualifiant donc désormais la nature du public et non plus son nombre. La Cour précise, comme dans l'arrêt *Del Corso*, qu'il doit s'agir de "*personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé*" (point 42).

Egalement issu des arrêts *Del corso* et *PPL*, on retrouve l'exigence du "*seuil de minimis*" pour que le nombre de personnes composant le public soit "*assez important*", ce qui exclut "*une pluralité de personnes trop petite, voire insignifiante*" (point 43).

Enfin, l'"*effet cumulatif*" est encore limité à "la même œuvre" :

*"Il est notamment pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement et successivement"* (point 44).

## ***Le public nouveau***

Il s'agit sans surprise du "*public qui n'était pas pris en compte par les titulaires de droits sur les œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine*", acception "classique" du public nouveau depuis l'ordonnance *Organismos*.

La Cour y ajoute le "*rôle incontournable de l'utilisateur*" sans l'intervention duquel "*les personnes constituant ce public 'nouveau', tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée*" (point 46).

Comme dans l'ordonnance *Organismos*, les deux critères sont donc associés pour caractériser le public nouveau.

## ***Le public ciblé***

Au point 91 de l'arrêt *Del Corso*, la Cour avait affirmé, à **propos du caractère lucratif** d'une communication au public, qu'il était "*ainsi sous-entendu que le public qui fait l'objet de la communication [était], d'une part, ciblé par l'utilisateur et, d'autre part, réceptif, d'une manière ou d'une autre à sa communication, et non pas «capté» par hasard.*"

Dans l'affaire *Reha Training*, elle dissocie le "ciblage" de la "réceptivité". Cette dernière reste attachée à l'appréciation du caractère lucratif, tandis que le "**ciblage**" **semble devenir une nouvelle caractéristique du public auquel s'adresse la communication.**

Après avoir égrainé les critères permettant de déterminer l'existence d'une communication au public, mais avant d'aborder le dernier constitué par le caractère lucratif, la Cour affirme en effet :

*"Il est ainsi sous-entendu que le **public** qui fait l'objet de la communication dans ces établissements est **non pas** « capté » par hasard, mais ciblé par leurs exploitants"* (point 48).

### ***Caractère lucratif et réceptivité du public***

La Cour en réaffirme la nécessité mais avec une **évolution** : si ce critère n'est plus "*déterminant pour la qualification (...) de communication au public, il n'en est pas pour autant dénué de pertinence, notamment aux fins de la détermination de l'éventuelle rémunération due au titre de cette diffusion*" (point 49).

Elle précise, se référant à l'arrêt *Del Corso*, que "*c'est dans ce dernier contexte que la « réceptivité » du public peut être pertinente*" (point 50).

Comme dans ce dernier arrêt, la réceptivité du public constitue donc un critère pour apprécier le caractère lucratif de l'exploitation envisagée.

### ***Application au cas d'espèce***

La détermination des critères voulus par la Cour est une chose, leur application au cas d'espèce en est manifestement une autre, si l'on en juge par le fait que le caractère délibéré de la transmission, qui avait disparu de l'énoncé des critères applicables à la définition de l'acte de communication, réapparaît au stade de son application aux faits de l'espèce, l'acte étant à ce stade caractérisé comme suit :

*"(...) l'exploitant d'un centre de rééducation **transmet délibérément** des œuvres protégées à ses patients, au moyen d'appareils de télévision installés dans plusieurs endroits de cet établissement.*

*Dès lors, il convient de considérer qu'un tel exploitant **réalise un acte de communication**"* (points 55 et 56).

Quant à expliquer pourquoi, ainsi que l'y invitait la juridiction de renvoi, l'application des mêmes critères à la définition du public et du public nouveau conduit à admettre, pour un centre de rééducation, le public dénié au cabinet dentaire, on chercherait vainement un argument convaincant.

Pour considérer que "*l'ensemble des patients d'un centre de rééducation, tel que celui en cause dans l'affaire au principal*" est constitué de "*personnes en général*", l'arrêt se contente de relever que cela "*ressort du dossier soumis à la Cour*" (point 57).

La Cour juge ensuite que "*le cercle des personnes constitué par ces patients n'est pas « trop petit, voire insignifiant »*", parce que "*lesdits patients peuvent jouir des œuvres diffusées*

*parallèlement, à plusieurs endroits de l'établissement"* (point 58). Mais en quoi le fait que le public se trouve réparti à plusieurs endroits (en l'occurrence, deux salles d'attente et une salle d'exercice) a-t-il une influence sur son quantum ? En quoi la situation diffère-t-elle de celle d'un cabinet dentaire qui comporte une salle d'attente et, généralement, plusieurs salles de soins ? La Cour ne le précise pas.

Pour conclure à la "nouveauité du public", elle se contente encore d'affirmer que les patients du centre de rééducation n'ont, de toute évidence, pas été pris en considération lors de l'autorisation donnée à la mise à disposition d'origine (point 60)".

S'agissant, enfin du caractère lucratif de la communication, la Cour fait valoir que *"la diffusion d'émissions télévisées au moyen de postes de télévision, en ce qu'elle vise à offrir une **distraction** aux patients d'un centre de rééducation, tel que celui en cause au principal, **durant leurs soins ou le temps d'attente** précédant ceux-ci, **constitue une prestation de services supplémentaire** qui, **bien que dépourvue de toute portée médicale, contribue favorablement au standing et à l'attractivité** de l'établissement, lui procurant ainsi un avantage concurrentiel"* (point 63).

Mais, là encore, en quoi cette situation diffère-t-elle de la diffusion d'émissions radiophoniques aux patients d'un cabinet dentaire qui souhaitent, peut-être, tout autant être "distraits" ? Sur quelle base la Cour affirme-t-elle, au point 51 de son arrêt, que *"les patients d'un dentiste n'accordent, en général, aucune importance à une telle diffusion"* ? S'agit-il d'une expérience personnelle ? A-t-on interrogé les patients du centre de rééducation pour savoir s'ils regardent la télévision, spécialement lorsqu'ils font leurs exercices sous la directive d'un kinésithérapeute ?

L'appréciation, on le voit, est ainsi purement arbitraire, mais peut-il en être autrement sur la base des critères dégagés par la Cour ?

**CJUE 8 septembre 2016, GS Media, C-160/15** - Directive 2001/29, article 3 paragraphe 1 - Liens hypertexte donnant accès à des photographies mises en ligne sans le consentement du titulaire de droits - Droit de communication au public (oui)

La Cour ne s'était prononcée, dans les affaires *Svensson* et *Bestwater*, que dans l'hypothèse d'un lien pointant vers une œuvre originellement publiée sur le site source (le site contenant le fichier de l'œuvre) **avec l'accord du titulaire du droit**.

La solution applicable, dans l'hypothèse inverse d'un lien vers une œuvre mise en ligne **illicitement**, restait donc incertaine.

La Cour trouve ici l'occasion de lever cette incertitude, dans des circonstances particulièrement révélatrices du mépris affiché par le poseur de liens à l'égard des mises en garde du titulaire de droits.

L'affaire concernait des photos dénudées d'une vedette de la télé réalité néerlandaise réalisées pour un numéro à paraître du magazine *Playboy*.

GS Media, éditrice d'un site très fréquenté aux Pays-Bas et dédié aux "nouveautés, révélations scandaleuses et enquêtes journalistiques sur des sujets amusants et sur un ton de joyeuse plaisanterie", avait placé un lien permettant d'accéder aux dites photos illicitement mises en ligne sur un site australien. Celui-ci les ayant retirées sur sommation de l'éditeur du magazine, GS Media, qui n'entendait pas pour sa part y déférer, a placé un nouveau lien vers un autre site, qui, à son tour, a retiré les photos à la demande de l'éditeur. Entretemps, les visiteurs du forum de GS Media y avaient placé d'autres liens renvoyant à d'autres sites où les photos en cause étaient encore visibles.

La Cour suprême des Pays-Bas, estimant qu'il n'était pas "possible de déduire avec une certitude suffisante" des décisions *Svensson* et *Bestwater* "s'il y a « communication au public » lorsque l'œuvre a effectivement été publiée auparavant, mais sans l'accord du titulaire des droits d'auteur" a posé à la Cour la question correspondante (points 21, 24 et 25).

### ***La recherche d'un "juste équilibre"***

Après avoir rappelé, comme elle le fait à chaque décision, que la directive, aux termes de ses considérants 9 et 10 "a pour objectif principal d'instaurer un **niveau élevé de protection en faveur des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres**", ce dont "il s'ensuit que **la notion de « communication au public » doit être entendue au sens large, ainsi que l'énonce d'ailleurs explicitement le considérant 23**" (point 30), la Cour contrebalance immédiatement cette observation par l'affirmation suivante :

*"En même temps, il découle des **considérants 3 et 31** de la directive 2001/29 que l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à **maintenir**, et ce notamment dans l'environnement électronique, **un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général**" (paragraphe 31).*

Cette recherche d'un "juste équilibre", aussi légitime soit-elle par principe, apparaît cependant ici totalement biaisée. Pour le législateur européen, le juste équilibre recherché par lui est en effet atteint par la définition respective, au sein de la directive, des droits et des exceptions et limitations qui les contrebalancent dont traite le considérant 31 visé par la Cour. Autrement dit, **la directive est l'expression de cet équilibre** qu'il n'appartient pas au juge de remettre en cause.

Cette première invocation, dans les arrêts de la Cour, des "*droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés*" et de "*l'intérêt général*" annonçait en tous cas une solution surprenante.

## *Les hypothèses théoriquement envisageables*

En pure logique, seules deux options semblaient envisageables pour répondre au cas de figure soumis par la juridiction de renvoi.

(a) La première, assez radicale, consistait à suivre l'Avocat Général dans ses observations conduisant à un renversement de la jurisprudence *Svensson*.

Monsieur Wathelet considérait en effet qu'un lien, bien que pouvant faciliter l'accès à une œuvre, ne met pas cette œuvre à la disposition du public et par conséquent, ne réalise pas un acte de communication puisque, par hypothèse, l'œuvre est déjà à la disposition du public sur le site source vers lequel renvoie le lien :

*"(...) 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 initiale" (Point 54).*

Reprenant le concept "*du rôle incontournable de l'utilisateur*" qui intervient pour donner accès à une œuvre ou à un objet protégé - généralement utilisé par la Cour pour caractériser le public nouveau comme celui qui, sans cette intervention, n'aurait pas accès à l'œuvre, mais auquel elle a eu recours, dans l'affaire *Del Corso*, pour définir l'acte de communication - Monsieur Wathelet observait que le rôle du poseur de lien n'était pas indispensable pour accéder à l'œuvre présente sur le site source :

*"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" (point 60).*

Nul besoin, donc, de prendre en compte l'absence de consentement des titulaires de droit à la présence de l'œuvre sur le site source puisque le raisonnement s'arrête en amont, au niveau de l'acte de communication (plus précisément, de mise à la disposition) qui, selon l'Avocat Général, n'était pas caractérisé.

Cette position était également soutenue par les gouvernements allemand, portugais et slovaque, ainsi que par le service juridique de la Commission.

(b) La seconde option consistait pour la Cour à réaffirmer sa jurisprudence *Svensson* et à en déduire, *a contrario*, que dans l'hypothèse d'une œuvre présente sur le site source sans l'autorisation du titulaire de droits, la création du lien renvoyant vers cette œuvre constituait une communication au public.

La solution paraissait logique puisque, en l'absence d'autorisation délivrée au site source, le titulaire de droits ne pouvait, par hypothèse, avoir pris en compte, dans cette autorisation inexistante, le public du site contenant le lien. Selon les préceptes de la Cour, la communication réalisée par le lien s'adressait donc nécessairement à un "public nouveau".

La Cour n'a pas suivi l'Avocat Général et a réaffirmé que la solution *Svensson* conservait son actualité dans le cas de figure tranché par cet arrêt, à savoir lorsque l'œuvre figure sur le site source avec l'autorisation du titulaire de droits :

*"Dans ce contexte, [la Cour] a relevé que, étant donné que le lien hypertexte et le site Internet auquel il renvoie donnent accès à l'œuvre protégée selon le même mode technique, à savoir Internet, un tel lien doit être adressé à un public nouveau. Lorsque tel n'est pas le cas, notamment, en raison du fait que l'œuvre est déjà librement disponible pour l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur, ledit acte ne saurait être qualifié de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. En effet, dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder, il doit être considéré que, lorsque les titulaires du droit d'auteur de cette œuvre ont autorisé une telle communication, ceux-ci ont pris en compte l'ensemble des internautes comme public"* (point 42) ;

*"Partant, il ne saurait être déduit ni de l'arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) ni de l'ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315) que le placement, sur un site Internet, de liens hypertexte vers des œuvres protégées qui ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet, mais sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur de ces œuvres, serait exclu, par principe, de la notion de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Au contraire, ces décisions confirment l'importance d'une telle autorisation au regard de cette disposition, cette dernière prévoyant précisément que chaque acte de communication d'une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur"* (point 43).

Il faut également lire, dans le paragraphe suivant figurant au point 52, un rappel de cette jurisprudence *Svensson-Bestwater* :

*"Toutefois, à défaut de public nouveau, il n'y aura pas communication au « public » au sens de cette disposition dans l'hypothèse, rappelée aux points 40 à 42 du présent arrêt, dans laquelle les œuvres auxquelles lesdits liens hypertexte permettent d'accéder ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet avec le consentement du titulaire* (point 52)."

Ce paragraphe de l'arrêt a pu susciter des inquiétudes du fait que :

- d'une part, il se situe après les développements spécifiques à la situation d'espèce (œuvre mise en ligne sans autorisation) et commence par le mot "toutefois", comme s'il y apportait une exception qui détruirait, en quelque sorte, la construction précédente,
- d'autre part, il fait état d'œuvres disponibles sur "un autre site Internet" et non, précisément, sur le site source vers lequel renvoie le lien, ce qui a pu faire craindre qu'il suffisait qu'une œuvre soit publiée sur n'importe quel site avec l'autorisation du

titulaire de droits pour pouvoir ensuite être librement communiquée au public à partir de n'importe quel autre site.

Il paraît cependant très improbable que ces inquiétudes, suscitées par des maladroites de rédaction, puissent être fondées.

Le point 52 renvoie en effet expressément aux points 40 à 42 dans lesquels la Cour décrit, comme il a été rappelé ci-dessus, sans opérer de changement, les règles résultant de ses deux décisions *Svensson* et *Bestwater*.

Elle précise également, au point 42, que "l'autre site Internet", dans le vocabulaire qu'elle utilise, désigne "*le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder*"<sup>35</sup>, si bien qu'il n'y a, en réalité, guère place au doute.

(c) Toujours est-il que - et c'est bien là que réside la surprise réservée par l'arrêt - tout en réaffirmant, comme il vient d'être vu, la solution *Svensson-Bestwater* dans l'hypothèse où l'œuvre est présente sur le site vers lequel renvoie le lien avec l'autorisation du titulaire de droits, la Cour ne s'estime pas pour autant tenue par une conclusion *a contrario*.

Elle échappe à l'alternative binaire présentée ci-dessus en inventant une **troisième voie** qu'il n'était guère aisé d'anticiper.

### *L'appréciation individualisée*

Avant de présenter cette "troisième voie", il importe de relever que ce "tour de passe-passe" conceptuel est justifié par la règle de "*l'appréciation individualisée*", inventée à l'occasion de l'arrêt *Del Corso* et qui, de fait, autorise à déformer les concepts juridiques pour épouser les contours de la solution à laquelle on veut aboutir.<sup>36</sup>

La Cour fait le constat :

- "*qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que 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*" (point 45),
- *et qu'" il peut s'avérer difficile, notamment pour des particuliers qui souhaitent placer de tels liens, de vérifier si le site Internet, vers lequel ces derniers sont censés mener,*

<sup>35</sup> V. le début du point 52 : "*Dans ce contexte, [la Cour] a relevé que, étant donné que le lien hypertexte et le site Internet auquel il renvoie*" et, quelques lignes plus loin : "*dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder*".

<sup>36</sup> L'appréciation individualisée pourrait alors consister en une simulation "ouverte" des effets de divers raisonnements juridiques envisageables pour permettre le choix de celui qui conduit à la solution qui paraît au juge de la Cour de justice de l'union européenne la mieux venue au regard de considération qui ne sont pas purement juridiques... Ce qui n'est pas le rôle habituel du juge... Mais ce qui est bien la preuve que la Cour de justice ne se perçoit pas comme un organe chargé d'appliquer une règle mais plutôt comme une institution qui - sous couvert d'interprétation - créer les "normes" qui lui conviennent.



*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" (point 46).*

Selon elle, l'"appréciation individualisée de l'existence d'une communication au public" conduirait donc, en l'occurrence, à tenir compte du fait que, lorsque la personne qui place le lien "ne poursuit pas un but lucratif", elle "ne sait pas, et ne peut raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur" (point 47).

La connaissance, réelle, supposée ou présumée de cette publication sans autorisation devient ainsi la pierre angulaire de la décision, et une nouvelle condition de la communication au public.

### ***L'ajout d'une nouvelle condition : la connaissance de l'illicéité***

Pour "habiller" juridiquement la solution, et lui donner l'apparence d'une cohérence, la Cour va tenter de la "raccrocher" à des énonciations contenues dans des décisions antérieures.

Il était impossible d'insérer la nouvelle condition à propos de la notion de "public", puisque celui-ci n'avait rien à voir avec la connaissance du caractère illicite de la mise en ligne sur le site source. L'ajout est donc opéré **au stade de la définition de l'acte de communication**.

Pour ce faire, il était nécessaire de renouer avec une définition qui, contrairement à celle de l'arrêt Svensson, ne se bornait pas à appréhender l'acte de manière objective (i.e. "offrir aux utilisateurs d'un site un accès direct aux œuvres"), mais intégrait une dimension intentionnelle marquée.

La Cour trouve la bonne formule dans l'arrêt *Del Corso* : l'acte de communication réside dans le fait d'intervenir "en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner accès à une œuvre". Il suffit d'y ajouter quatre mots pour parvenir à la formule souhaitée : "(...) pour donner accès à une œuvre **illégalement publiée sur Internet**".

Un autre retour en arrière était également nécessaire : la Cour souhaitant utiliser la notion de "but lucratif", comme l'annonçait le point 47 de l'arrêt, il était nécessaire de lui redonner sa pleine mesure, amoindrie dans l'arrêt *Reha Training* puisque ce critère n'était plus censé intervenir pour apprécier l'existence d'un acte de communication au public, mais seulement "aux fins de la détermination de l'éventuelle rémunération".

C'est la raison pour laquelle il est affirmé, au point 38, que "**le caractère lucratif d'une communication au public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est pas dénué de pertinence**", avec une référence aux arrêts *Premier League*, *Del Corso* et *PPL*.

Tous les jalons étaient ainsi posés pour permettre à la Cour de définir, autour du nouveau critère de la connaissance de l'illicite, **un principe, une exception et une présomption**, constituant le

nouveau régime applicable aux liens renvoyant vers une œuvre illicitement mise à disposition sur le site source et librement disponible sur celui-ci.

### *Le nouveau régime*

- (a) Le principe : la fourniture d'un lien vers une œuvre illicitement mise à disposition sur le site source et librement accessible sur celui-ci n'est pas un acte de communication au public :

*"En effet," la personne qui pose le lien "n'intervient, **en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet.** En outre, lorsque l'œuvre en question était déjà disponible sans aucune restriction d'accès sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder, l'ensemble des internautes pouvait, en principe, déjà avoir accès à celle-ci même en l'absence de cette intervention"<sup>37</sup> (point 48).*

- (b) L'exception : s'il est établi que le poseur de lien "savait ou devait savoir" que la ressource (le fichier de l'œuvre) a été mise en ligne sur le site source de manière illicite, ou si le lien permet de "contourner des mesures de restriction" prises par ledit site "pour en restreindre l'accès à ses seuls abonnés", "il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une communication au public" :

*"**En revanche,** lorsqu'il est établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur, il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29" (point 49).*

*"Il en est **de même** dans l'hypothèse où ce lien permet aux utilisateurs du site Internet sur lequel celui-ci 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, le placement d'un tel lien constituant alors une intervention délibérée sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées" (point 50).*

- (c) La présomption : lorsque le lien est placé **dans un but lucratif**, "il y a lieu de **présumer** que ce placement est intervenu **en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet**", cette présomption étant **réfragable** :

*"Par ailleurs, lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un **but lucratif**, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il **réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte**, de sorte qu'il y a lieu de **présumer que ce***

<sup>37</sup> On observera que cette 2<sup>e</sup> phrase est bien maladroite : elle reprend en effet purement et simplement l'argument de l'Avocat Général dont il se déduit qu'il n'existe aucun acte de communication au public dans l'hypothèse (qui est celle considérée), où l'œuvre est librement accessible sur le site source, et ce, qu'elle le soit avec ou sans autorisation du titulaire de droit, et, en cas d'illicéité, que le poseur de lien ait ou non connaissance de celle-ci. En d'autres termes, cette phrase ruine purement et simplement la construction de la Cour.

*placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre<sup>38</sup> et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29" (point 51).*

La Cour considère que cette construction "assure le niveau élevé de protection en faveur des auteurs, recherché par [la] directive", puisqu'ils "peuvent agir non seulement contre la publication initiale de leur œuvre sur un site Internet, mais également contre toute personne plaçant à des fins lucratives un lien hypertexte vers l'œuvre illégalement publiée sur ce site ainsi que, dans les conditions exposées aux points 49 et 50 du présent arrêt [c'est-à-dire à charge de prouver la connaissance de l'illicite du poseur de lien], contre des personnes ayant placé de tels liens sans poursuivre des fins lucratives.

En l'espèce, le caractère lucratif du lien placé vers les photos litigieuses sur le site exploité par GS Media ne faisait guère de doute, non plus que la connaissance par cet exploitant de l'origine illicite de la mise en ligne desdites photos ne faisait guère de doute.

<sup>38</sup> On ne comprend guère cette référence à la "connaissance de la nature protégée de ladite œuvre" qui ne figure heureusement pas aux points précédents de l'arrêt, et l'on ose espérer qu'il ne s'agit que d'un malencontreux trait de plume et non d'une obligation faite aux titulaires de droit de prouver la connaissance par l'utilisateur d'une œuvre du fait que celle-ci se trouve protégée.

## **Annexe 7 : analyse de Mme Brunessen Bertrand, professeur à l'Université Rennes 1, sur l'articulation des normes internationales et européennes**

*Audition de Mme Bertrand, le 10 mai 2016, au ministère de la Culture*

### **D) La Convention de Berne fait indirectement partie de l'ordre juridique de l'Union**

#### ***A) L'Union n'est pas partie à la Convention***

En vertu de l'article 216 TFUE, « *les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres* ». Cette disposition a pu servir de fondement juridique à l'application et à la primauté des conventions internationales sur le droit dérivé. Ce fondement juridique a été complété par une autre disposition, l'article 3 § 5 TUE<sup>1</sup>. Cet article permet de fonder l'autorité juridique du droit international sans tenir compte de sa nature et de dépasser ainsi le champ de l'article 216 TFUE. Ainsi, alors même que l'Union n'est pas partie à des engagements internationaux, elle doit respecter ceux-ci dès lors qu'ils se singularisent par leur intérêt général, notamment parce qu'ils concourent à la paix et à la sécurité mondiale<sup>2</sup>. De la même façon, l'Union doit respecter la coutume internationale<sup>3</sup>.

Pour autant, la Convention de Berne ne peut être rattachée à ce type de convention concourant à la sécurité mondiale. Elle ne devrait donc pas, a priori, avoir d'effet juridique dans l'ordre de l'Union européenne. Cette solution est cependant écartée dans le cas de la Convention de Berne en raison de l'effet juridique indirect que celle-ci acquiert par le truchement d'autres stipulations internationales.

#### ***B) L'Union est liée indirectement à la Convention***

L'Union sans être partie à la Convention de Berne semble toutefois être tenue de la respecter en vertu des stipulations d'autres conventions qui lient, quant à elles, l'Union. Deux conventions font partie de l'ordre juridique de l'Union européenne et renvoient à la Convention de Berne. D'une part, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) qui a été signé le 20 décembre 1996 et ratifié le 14 décembre 2009. Cette convention est entrée en vigueur le 14 mars 2010<sup>4</sup>. L'article 1<sup>er</sup> § 4 du traité WCT stipule que « *les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1<sup>er</sup> à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne* ». D'autre part, l'Accord de Marrakech sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) qui stipule à son article 9 que « *les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention* ». Ces conventions font partie de l'ordre juridique de l'Union européenne et doivent, à ce titre, être respectées par les institutions européennes et le droit dérivé qu'elles élaborent<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> CJUE, Gde ch., C-366/10, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres*, I- 13755.

L'Union a pour objectif de contribuer « au strict respect et au développement du droit international » (article 3, §5, TUE) et de promouvoir dans le reste du monde « le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international » (article 21, §1, 1<sup>er</sup> al. TUE) ; elle est sujet de droit international (article 47 TUE).

<sup>2</sup> C'est par exemple le cas du droit issu de l'ONU à laquelle l'UE n'est pas partie mais ses États le sont: affaire *Kadi*.

<sup>3</sup> CJUE, Gde ch., C-366/10, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres*, I- 13755.

<sup>4</sup> Même procédure pour le Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT).

<sup>5</sup> CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73.

Dès lors, pour la Cour de justice, la Convention de Berne produit des effets indirects au sein de l'Union<sup>6</sup>. Ces effets ne découlent pas de la Convention elle-même mais des accords internationaux qui y renvoient et que l'Union a ratifiés. A ce titre, l'autorité acquise par la Convention de Berne découle de la propre autorité de ces conventions. Or, celle-ci apparaît en l'état limitée en raison des caractéristiques juridiques de ces conventions.

## **II) Le statut contentieux de la Convention de Berne est limité**

### ***A) Le refus de l'effet direct***

Au-delà de l'autorité juridique de principe acquise par des conventions régulièrement entrées en vigueur dans l'ordre juridique de l'Union, se pose la question de leur efficacité contentieuse. En effet, le caractère opérant des règles internationales conventionnelles dépend de leurs caractéristiques, notamment de leur effet direct.

Or, dans le cas des conventions renvoyant à la Convention de Berne, la Cour semble avoir tranché en faveur de l'absence d'effet direct. Tout d'abord, l'Accord de Marrakech a le statut juridique du droit de l'OMC ; il n'a donc pas d'effet direct et ne peut donc être invoqué devant la Cour de justice pour contester la légalité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne<sup>7</sup>. Il n'est de la même façon pas possible d'invoquer devant une juridiction nationale l'incompatibilité d'une réglementation communautaire avec certaines règles de l'OMC<sup>8</sup>. Pour la Cour, le fait que l'Organe de règlement des différends ait conclu dans le sens de l'incompatibilité du droit de l'Union au droit de l'OMC est sans incidence sur cette solution et le moyen juridique tiré de la violation du droit de l'OMC est donc inopérant<sup>9</sup>. En revanche, en l'absence de droit dérivé, les juridictions nationales restent libres de conclure à l'existence ou non d'un effet direct des accords ADPIC ; elles peuvent donc permettre aux justiciables de s'en prévaloir contre des dispositions nationales sans lien avec le droit de l'Union<sup>10</sup>. Ensuite, la solution est identique en ce qui concerne le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), la Cour lui déniait tout effet direct. Il n'est pas possible de s'en prévaloir pour contester un acte de droit dérivé ; une seule invocabilité d'interprétation semble alors possible<sup>11</sup>. Enfin, il est vraisemblable que la Cour s'inscrive, à propos du Traité sur le droit d'auteur (WCT), dans la continuité de la jurisprudence évoquée et lui refuse tout effet direct.

Le refus de l'effet direct conduit à relativiser l'autorité dont bénéficient normalement les conventions internationales dans l'ordre juridique puisque celles-ci sont écartées du contentieux de la légalité, tant devant la Cour de justice que devant le juge national. De ce point de vue, les libertés éventuelles prises par les institutions européennes à l'égard de la Convention de Berne dans l'élaboration et dans l'interprétation du droit dérivé semblent sans conséquences directes. Pour autant, même dénuée d'effet direct, la Convention de Berne semble pouvoir acquérir une portée juridique relative et guider ainsi les interprétations de la Cour de justice.

<sup>6</sup> CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici*, aff. C-135/10, pt. 50.

<sup>7</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Portugal c/ Conseil*, aff. C-149/96.

<sup>8</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Van Pary*, aff. C-377/02.

<sup>9</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Van Pary*, aff. C-377/02.

<sup>10</sup> CJCE, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Lda*, aff. C-431/05.

<sup>11</sup> CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici*, aff. C-135/10.

## ***B) L'existence d'effets juridiques indirects***

### ***1) L'interprétation conforme***

Cette obligation d'interprétation conforme semble pouvoir déployer ces effets dans deux directions, à l'égard des institutions européennes. D'une part, la Cour de justice doit aboutir à une interprétation du droit dérivé compatible avec le droit international (ce qui n'implique pas un rapport de stricte conformité mais de simple compatibilité). Elle a ainsi pu juger que « *les textes de droit de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par l'Union* »<sup>12</sup>. Or, les considérants de la directive n° 2001/29 disposent que l'un de ses objectifs est précisément de mettre en œuvre les obligations découlant des instruments internationaux de protection du droit d'auteur et des droits voisins. La Cour paraît bien interpréter la directive, notamment la notion de « communication au public » à la lumière de la Convention de Berne ; elle cite même le « guide d'interprétation » de cette convention<sup>13</sup>.

D'autre part, il résulte de cette obligation le devoir, pour les institutions européennes, de ne pas entraver les obligations des États membres au sens de la Convention<sup>14</sup>.

### ***2) Le respect de l'effet utile et l'autonomie du droit de l'Union***

Pour la Cour de justice, l'obligation d'interprétation conforme n'est pas absolue et doit céder lorsque l'effet utile du droit de l'Union l'exige. La primauté et l'autonomie du droit de l'Union explique cette réserve de la jurisprudence. Ainsi, pour la Cour de justice, les dispositions du droit dérivé ne doivent être interprétées à la lumière du droit conventionnel international que « *dans la mesure du possible* »<sup>15</sup>. A ce titre, la Cour reste maîtresse de son interprétation et peut s'éloigner de l'orthodoxie conventionnelle lorsque les objectifs des politiques européennes et des actes qui les sous-tendent l'exigent.

L'affaire *Nils Svensson* rendue par la CJUE le 13 février 2014 l'illustre à propos de la notion de « communication au public » ; la Cour interprète cette notion en refusant que les États membres puissent adopter une définition plus large que celle qu'elle a développée à partir de l'article 3§1 de la directive 2001/29<sup>16</sup>, en estimant qu'il en résulterait nécessairement une atteinte au fonctionnement du marché intérieur. La circonstance que l'article 20 de la convention de Berne stipule que les pays signataires peuvent prendre entre eux des « arrangements particuliers » afin de conférer aux titulaires d'un droit d'auteur, des droits plus étendus que ceux prévus par cette convention est écartée par la Cour : selon elle, « lorsqu'une convention permet à un État membre de prendre une mesure qui apparaît contraire au droit de l'Union, sans toutefois l'y obliger, l'État membre doit s'abstenir d'adopter une telle mesure »<sup>17</sup>. Le juge souligne que l'objectif de la directive 2001/29 serait inévitablement compromis si la notion de communication au public était entendue comme comprenant davantage d'opérations que celles visées à l'article 3§1 de cette directive ; il en résulte qu'un État membre doit

<sup>12</sup> CJCE, 14 juillet 1998, *Bettati*, aff. C-341/95 ; CJCE, 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05.

<sup>13</sup> CJCE, 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05, pt 41 : « comme l'explique le guide de la convention de Berne, document interprétatif élaboré par l'OMPI qui, sans avoir force obligatoire de droit, contribue cependant à l'interprétation de ladite convention. »

<sup>14</sup> V. par analogie avec la Convention de Rome : CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici*, aff. C-135/10.

<sup>15</sup> CJCE, 17 avril 2008, *Peek & Cloppenburg*, aff. C-456/06.

<sup>16</sup> 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 (JO L 167, p. 10).

<sup>17</sup> CJUE, 9 février 2012, *Luksan*, aff. C-277/10, pt 62.

s'abstenir d'utiliser la faculté qui lui est accordée par l'article 20 de la convention de Berne. L'article 3§1 de la directive 2001/29 s'oppose donc logiquement 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<sup>18</sup>.

Cette jurisprudence n'a pas de quoi surprendre, elle confirme ce que les auteurs soulignent régulièrement : la Cour soumet le droit international à la logique du droit de l'Union. Lors de son intégration dans l'ordre juridique européen, le droit international est en partie « européanisé ». Ce phénomène d'européanisation du droit international apparaît justifié par l'autonomie du droit de l'UE<sup>19</sup>. A la manière des ordres juridiques nationaux, l'ordre juridique de l'Union intègre le droit national sur le fondement de ses propres règles ; c'est alors en creux la primauté du droit primaire de l'UE qui est affirmée. Une primauté qui explique, à défaut de justifier, la liberté d'interprétation de la Cour de justice et qui, en retour, contraint l'office du juge national.

### **III) L'office du juge national**

#### ***A) Le point de vue du droit de l'Union : l'obligation de loyauté***

Le principe résulte de l'article 351 TFUE ; les conventions conclues entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités. De ce point de vue, le droit de l'UE respecte les engagements internationaux conclus par les États antérieurement à leur entrée dans la CEE et désormais l'UE ; l'UE n'entrave pas leur exécution.

Mais, de façon classique, ce principe connaît un tempérament au nom de l'efficacité du droit de l'Union. En effet, une obligation de loyauté pèse sur les États membres. Ainsi dans l'hypothèse où les conventions ne sont pas compatibles avec les traités, les États membres doivent recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer ces incompatibilités ; il s'agit de corriger les éventuelles contrariétés entre les conventions antérieures et l'acquis communautaire afin de préserver celui-ci<sup>20</sup>. Les États doivent agir *a priori* sans attendre l'hypothèse d'un contentieux. A ce titre, le juge national semble devoir privilégier une interprétation des conventions internationales qui soient compatibles avec les objectifs des politiques européennes.

De façon plus générale, dans l'hypothèse où la juridiction nationale s'écarterait de la jurisprudence de la Cour pour lui préférer une interprétation du droit dérivé distincte, elle s'exposerait aux voies de sanction prévues par le droit de l'Union. D'une part, la Commission pourrait engager un recours en manquement du fait d'une interprétation jurisprudentielle contraire au droit de l'Union<sup>21</sup>. D'autre part, un requérant peut engager la responsabilité de

<sup>18</sup> CJUE, 13 février 2014, *Nils Svensson*, aff C-466/12, pts 37 à 41.

<sup>19</sup> CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International c. Conseil et Commission*, aff jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. I-06351.

<sup>20</sup> CJUE, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C-205/06 : manque aux obligations qui lui incombent en vertu du traité un État membre qui omet de recourir aux moyens appropriés pour éliminer des incompatibilités contenues dans un accord conclu par lui avec un État tiers ; CJUE, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, aff C-249/06, Rec. I-01335 : manquement d'État en l'absence d'adoption des mesures appropriées pour éliminer les incompatibilités entre les accords bilatéraux conclus avec des pays tiers avant l'adhésion de l'État membre à l'Union européenne et le traité CE.

<sup>21</sup> CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff C-129/00, Rec. I-14637.

l'Etat devant les juridictions nationales du fait d'une interprétation jurisprudentielle contraire au droit de l'Union<sup>22</sup>.

***B) Le point de vue du droit national : l'exemple de la jurisprudence administrative***

Si l'on se place du point de vue du juge national, et plus précisément du juge administratif, la jurisprudence semble ambivalente. Elle témoigne du pragmatisme du juge national qui tente de concilier des exigences potentiellement contraires. Ainsi, d'un côté, on peut noter l'affirmation d'un traitement spécifique réservé au droit de l'Union dans l'hypothèse d'un conflit entre conventions internationales. En effet, la solution de principe sur l'articulation des conventions internationales<sup>23</sup> ne joue pas dans l'hypothèse du droit de l'Union. Cette jurisprudence est communément interprétée comme une attention du juge administratif à l'efficacité du droit de l'Union et au respect du rôle de la Cour de justice.

Mais, d'un autre côté, saisi de la question de la contrariété d'un acte administratif de transposition d'une directive précise et inconditionnelle à une convention internationale à laquelle l'UE n'est pas partie, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de contrôler normalement un acte administratif de transposition par rapport à une convention internationale à laquelle l'Union n'est pas partie. De ce fait, il a contrôlé indirectement la directive transposée et risqué de bloquer la transposition et l'exécution des engagements européens<sup>24</sup>. Cette solution s'explique sans doute par la volonté du juge de statuer au fond en faveur du respect de la convention et d'affirmer ainsi expressément la validité du droit français de transposition.

<sup>22</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff C-224/01, Rec. I-10239 ; CJUE, 9 septembre 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*, aff C-160/14. V. aussi CE 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831.

<sup>23</sup> CE Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine*, req. n° 303678.

<sup>24</sup> CE, 6 décembre 2012, *Air Algérie*, req n° 347870.



## **Annexe 8 : liste des personnes auditionnées et des participants aux réunions plénières**

*Sous réserve.*

*Par ordre alphabétique.*

### **I. Représentants d'organisations professionnelles**

Debra Abramowicz – Société civile des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIREP)

Catherine Almeras – Syndicat français des artistes-interprètes (SFA)

Antoine Autier – UFC-Que choisir

Laurence Ballet – Dalloz

Valérie Barthez – Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC)

Maia Bensimon – Société des gens de lettres (SGDL)

Laurent Bérard-Quélin – Fédération nationale de la presse spécialisée (FNPS)

Cécile Bernardet – Union de la presse en région (UPR)

Marie Paule Biosse-Duplan – Union des producteurs de cinéma (UPC)

Boris Bizic – Fédération nationale de la presse spécialisée (FNPS)

Léa Boccara – NRJ Group

Caroline Bonin – Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Denis Bouchez – Syndicat de la Presse Quotidienne Nationale (SPQN)

Christian Bruneau – Fédération nationale de la presse spécialisée (FNPS)

Alexis Cathala – M6

Jean-Frank Cavanagh – Groupement français de l'industrie de l'information (GFII)

Julien Chouraqui – Syndicat national de l'édition (SNE)

Karine Colin – Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF)

Sylvie Courbarien – France Télévision

Sébastien Courtois – M6

Angélique Dascier – Chambre syndicale de l'édition musicale (CSDEM)

Gérard Davoust – Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Liliane de Carvalho – Madrigall

Agnès Defaux – Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF)

Thierry Desurmont – Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Marie De Vivies – Orange

Rama Diagne – Groupement des éditeurs de contenus et services en ligne (GESTE)

Louise Durand – Groupement des éditeurs de contenus et services en ligne (GESTE)  
Vincent Dusaugey – M6  
Valentin Dutrey – Orange  
Daniel Edinger - SFR CGT  
David El Sayegh – Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)  
Guilhem Fenieys – UFC-Que choisir  
Marie-Anne Ferry-Fall – Société des Auteurs dans les Arts graphiques et plastiques (ADAGP)  
Xavier Filliol – GESTE  
Marie-Laure Franck – Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM)  
Sébastien Frapier – TF1  
Benoît Galopin – Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes (SPEDIDAM)  
Frédéric Goldsmith – Union des producteurs de cinéma (UPC)  
Caroline Guenneteau – BeIN Sports  
Laurent Guiraud-Le Maresquier – Syndicat national de l'édition (SNE)  
Anne-Charlotte Jeancard – Société pour l'Administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)  
Alexandre Lasch – Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)  
Guillaume Leblanc – Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)  
Marie-Christine Leclerc-Senova – Société civile des auteurs multimedia (SCAM)  
Philippine Leduc – Société des éditeurs et auteurs de musique (SEAM)  
Nathalie Léger – France Télévisions  
Jean-Marie Le Guen – FFTélécoms  
Anthony Level – TF1  
Maud Levrier-Grillard – Union de la presse en région (UPR)  
Thierry Maillard – Société des Auteurs dans les Arts graphiques et plastiques (ADAGP)  
Laurence Marcos – Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)  
Jean-Sébastien Mariez – BSA France  
Philippe Masseron – Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC)  
Nathalie Martin – M6  
Emmanuelle Mauger – Syndicat des producteurs indépendants (SPI)  
Christine Nguyen – Canal +  
Marie-Pierre Ombrédanne – Groupement des éditeurs de contenus et services en ligne (GESTE)  
Samir Ouachtati – Syndicat de la Presse Quotidienne Nationale (SPQN)  
Sabine Ozil – Syndicat de la Presse Quotidienne Nationale (SPQN)  
Geoffroy Pelletier – Société des gens de lettres (SGDL)  
Florence-Marie Piriou – SOFIA

Xavier Prieur – Union des producteurs de cinéma (UPC)  
Christiane Ramonbordes – Société des gens de lettres (SGDL)  
Isabelle Ramond-Bailly – Editis  
Olivia Regnier – Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI)  
Christian Roblin – Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit (SOFIA)  
Hervé Rony – Société civile des auteurs multimedia (SCAM)  
Georges Sanerot – Association de la presse d'information politique et générale (AIPG)  
Marie Sellier – Vivendi  
Patrick Sergeant – Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM)  
Christian Soulié – cabinet Soulié & Coste-Floret  
Yvon Thiec – Eurocinema  
Hubert Tilliet – Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)  
Idzard van der Puyl – Société civile des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIREP)  
Denis Verrey – Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes (SPEDIDAM)

## **II. Représentants d'institutions publiques**

Samuel Bonnaud-Le Roux – Ministère de la culture et de la communication, secrétariat général  
Emilie Cariou – Ministère de la culture et de la communication, cabinet de la ministre  
Harold Codant – Bibliothèque nationale de France (BnF)  
Diego Colas – Ministère des affaires étrangères et du développement international, Sous-direction du droit de l'Union européenne et du droit international économique (OMC, Investissements, Union Economique et Monétaire, Propriété Intellectuelle)  
Blandine Cornevin – Agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE)  
Anne-Elisabeth Crédeville – Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA)  
Jean-François Debarnot – Institut national de l'audiovisuel (INA)  
Laura Desille – Ministère de la culture et de la communication, direction générale des médias et des industries culturelles  
Chantal Devillers-Sigaud – Ministère de la culture et de la communication, direction générale de la création artistique  
Joris Dumazer – Secrétariat général des affaires européennes (SGAE)  
Mariana Duqué – Ministère des affaires étrangères et du développement international  
Anne-Sophie Etienne – Ministère de la culture et de la communication, direction générale des médias et des industries culturelles  
Nicolas Georges – Ministère de la culture et de la communication, direction générale des médias et des industries culturelles, Direction du Livre

Rémi Gimazane – Ministère de la culture et de la communication, direction générale des médias et des industries culturelles, Direction du Livre

Jean-Baptiste Gourdin – Ministère de la culture et de la communication, direction générale des médias et des industries culturelles

Sandrine Nedellec – Ministère de la culture et de la communication, secrétariat général

Chantal Rubin – Ministère de l'économie et des finances

Julie Saint-Paul – Ministère de la justice

Daniel Segoin – Ministère des affaires étrangères et du développement international, Sous-direction du droit de l'Union européenne et du droit international économique (OMC, Investissements, Union Economique et Monétaire, Propriété Intellectuelle)

### **III. Universitaires**

Valérie-Laure Benabou, professeur à l'Université Aix-Marseille

Brunessen Bertrand, professeur à l'Université Rennes 1

Pascal Kamina, professeur à l'Université de Franche-Comté

Agnès Lucas-Schloetter, professeur à l'Université Ludwig-Maximilians (Munich)