

2014-4

## L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur

### ARTICLE DE FOND

#### **Le droit d'auteur, la technologie et l'exploitation des œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne**

- Quels sont les droits d'exploitation dans le paysage actuel ?
- Internet : une nouvelle forme de communication au public ?
- Retransmission par câble : une forme de communication au public en voie de disparition ?

### REPORTAGES

#### **Jurisprudence récente**

- Union européenne
- National

### ZOOM

#### **L'accès transfrontière aux contenus en ligne : vers la chute du mur ?**

- Les actions récentes
  - Des licences pour l'Europe
  - Consultation publique sur la révision des règles du droit d'auteur de l'Union européenne
- Prochaines étapes : les nouveaux projets de la Commission européenne



## IRIS plus 2014-4

### L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur

ISBN (Version imprimée) : 978-92-871-8034-6

Prix : EUR 25,50

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2014

ISBN (Version électronique PDF) : 978-92-871-8037-7

Prix : EUR 34,50

#### La série IRIS plus 2014

ISSN (Version imprimée) : 2078-9459

Prix : EUR 100

ISSN (Version électronique PDF) : 2079-1070

Prix : EUR 130

#### Directeur de la publication :

Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

E-mail : [susanne.nikoltchev@coe.int](mailto:susanne.nikoltchev@coe.int)

#### Éditrice et coordonnatrice :

Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

E-mail : [maja.cappello@coe.int](mailto:maja.cappello@coe.int)

#### Assistante éditoriale :

Michelle Ganter

E-mail : [michelle.ganter@coe.int](mailto:michelle.ganter@coe.int)

#### Marketing :

Markus Booms

E-mail : [markus.booms@coe.int](mailto:markus.booms@coe.int)

#### Photocomposition :

Pointillés, Hoenheim (France)

#### Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)

Conseil de l'Europe, Strasbourg (France)

#### Maquette de couverture :

Acom Europe, Paris (France)

#### Éditeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau

F-67000 Strasbourg

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

E-mail : [obs@obs.coe.int](mailto:obs@obs.coe.int)

[www.obs.coe.int](http://www.obs.coe.int)

#### Organisations partenaires ayant contribué à l'ouvrage :

##### Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6

D-66121 Saarbrücken

Tél. : +49 (0) 681 99 275 11

Fax : +49 (0) 681 99 275 12

E-mail : [emr@emr-sb.de](mailto:emr@emr-sb.de)

[www.emr-sb.de](http://www.emr-sb.de)

##### Institut du droit de l'information (IViR)

Kloveniersburgwal 48

NL-1012 CX Amsterdam

Tél. : +31 (0) 20 525 34 06

Fax : +31 (0) 20 525 30 33

E-mail : [website@ivir.nl](mailto:website@ivir.nl)

[www.ivir.nl](http://www.ivir.nl)

##### Centre de droit et de politique des médias de Moscou

Moscow State University

ul. Mokhovaya, 9 - Room 338

125009 Moscow

Fédération russe

Tél. : +7 495 629 3804

Fax : +7 495 629 3804

[www.medialaw.ru](http://www.medialaw.ru)

#### ***Veillez citer cette publication comme suit :***

Nikoltchev S. (éd.), *L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur*, IRIS plus 2014-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2014.

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2014.

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.



# L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur



## Avant-propos

Les avancées de la technologie se répercutent sur l'économie qui, à son tour, a un impact sur la réglementation. C'est généralement de cette façon que s'enchaînent les choses. Les règles arrivent habituellement en dernier et, de ce fait, peuvent devenir obsolètes.

La dernière fois que les règles européennes en matière de droit d'auteur ont été adaptées pour répondre aux évolutions technologiques remonte à une quinzaine d'années. Cette dernière mise à jour a eu un impact, en particulier sur la notion de communication au public qui englobe le droit du public d'accéder aux œuvres protégées à l'endroit et au moment de son choix. Depuis, de nombreux services audiovisuels se sont développés en ligne et il n'est pas toujours facile de déterminer si certains actes de mise à disposition de contenus audiovisuels en ligne relèvent du droit de communication au public, tel qu'il est défini par la directive InfoSoc. Il est, par ailleurs, intéressant de déterminer les cas de retransmission en vertu de la directive Satellite-Câble, celle-ci n'ayant pas été modifiée depuis 1993. Serait-il opportun d'envisager une révision de ces directives ?

L'article de fond de ce numéro d'IRIS *plus* examine les critères qui ont été développés au fil du temps par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour déterminer s'il y a eu « communication au public » ou pas, conformément aux dispositions de la directive InfoSoc. Ces critères sont utilisés pour déterminer l'identité de « l'utilisateur », la définition du « public », le caractère lucratif de la communication au public et le concept de « public nouveau ».

L'évaluation de chacun de ces critères peut s'avérer assez complexe dans le cas du *live-stream* (diffusion en ligne en direct) des émissions de télévision ou d'hyperliens vers des pages web, où il convient de distinguer entre liens standards, liens profonds et liens de cadrage. Les auteurs de l'article de fond, Lucie Guibault et João Pedro Quintais, analysent la jurisprudence européenne sur chacun de ces cas et nous guident à travers les différents scénarios de contraintes techniques, d'indisponibilité ultérieure des contenus, de restrictions contractuelles, d'accès aux contenus non autorisés et de concurrence déloyale.

La retransmission par câble offre un autre biais pertinent pour aborder les développements technologiques et la portée des règles du droit d'auteur. Dans ce cas, le principal « suspect » est la directive Satellite-Câble et l'exigence d'une « retransmission » pour justifier une gestion collective obligatoire. Les auteurs proposent une analyse approfondie du cas de « l'injection directe », en tenant compte des récentes décisions des tribunaux néerlandais et norvégiens qui considèrent qu'il n'y a pas de retransmission en l'absence d'une « communication secondaire » consécutive à la « communication primaire ». Il est à noter que la CJUE a récemment été invitée à répondre à cette question à la suite d'une demande de décision préjudicielle belge.

La rubrique Reportages de ce numéro d'IRIS *plus* porte sur les décisions de la CJUE et des juridictions nationales. Elle donne un aperçu des derniers développements en matière de copie privée et de responsabilité des prestataires de services en cas d'infraction en ligne. Quelques cas intéressants de non-responsabilité sont également présentés.

La rubrique Zoom se concentre sur la question de l'accès transfrontalier aux contenus en ligne. Francisco Cabrera et Sophie Valais présentent les dernières initiatives prises à cet égard au niveau de l'UE en 2013, à savoir le dialogue « Des licences pour l'Europe » entre les parties prenantes et la consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur ; les auteurs se penchent également sur les annonces faites par la Commission nouvellement élue concernant les futurs programmes de travail.

Strasbourg, novembre 2014

**Maja Cappello**  
*Coordinatrice IRIS*  
*Responsable du Département Informations juridiques*  
*Observatoire européen de l'audiovisuel*

## TABLE DES MATIÈRES

### ARTICLE DE FOND

#### **Le droit d'auteur, la technologie et l'exploitation des œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne . . . . . 7**

*par Lucie Guibault et João Pedro Quintais, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

<b>I. Introduction . . . . .</b>	<b>7</b>
<b>II. Quels sont les droits d'exploitation dans le paysage actuel ? . . . . .</b>	<b>9</b>
1. Cadre juridique . . . . .	9
2. Les droits d'exploitation dans le secteur de l'audiovisuel . . . . .	12
<b>III. Internet : une nouvelle forme de communication au public ? . . . . .</b>	<b>13</b>
1. Live-stream des émissions télévisées . . . . .	14
2. Les hyperliens vers des sites internet et le critère de « public nouveau » .	16
<b>IV. Retransmission par câble : une forme de communication au public en voie de disparition ? . . . . .</b>	<b>21</b>
<b>V. Conclusion . . . . .</b>	<b>23</b>

### REPORTAGES

#### **Jurisprudence récente . . . . . 25**

*par Alexander de Leeuw (Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam), Tobias Raab (Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles), Cristina Cullèll-March (SMIT-iMinds), Youssef Fouad (Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam), Denise van Schie (Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam), Jonathan Perl (Locus Telecommunications, Inc.)*

<b>Union européenne . . . . .</b>	<b>26</b>
<b>National . . . . .</b>	<b>30</b>
• Allemagne . . . . .	30
• Espagne . . . . .	31
• Pays-Bas . . . . .	32
• Etats-Unis . . . . .	34

## ZOOM

<b>L'accès transfrontière aux contenus en ligne : vers la chute du mur ?</b> . . . . .	35
<i>par Francisco Javier Cabrera Blázquez &amp; Sophie Valais, Observatoire européen de l'audiovisuel</i>	
<b>I. Introduction</b> . . . . .	35
<b>II. Les actions récentes</b> . . . . .	36
<b>III. Prochaines étapes : les nouveaux projets de la Commission européenne.</b> . . . . .	40

# Le droit d'auteur, la technologie et l'exploitation des œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne

*Lucie Guibault et João Pedro Quintais  
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

## I. Introduction

Il y a deux générations<sup>1</sup>, les membres du public européen regardaient les films soit au cinéma, soit dans le cadre des programmes télévisés sur les chaînes des radiodiffuseurs locaux ou nationaux. Il y a environ une génération, l'avènement de la radiodiffusion par satellite et de la retransmission par câble a ouvert de nouveaux horizons, aussi bien pour les producteurs des œuvres audiovisuelles que pour les téléspectateurs : les productions étrangères sont devenues accessibles non seulement au cinéma, mais aussi à domicile, avec tout le confort que cela représente. Aujourd'hui, moins de la moitié d'une génération plus tard, la technologie numérique permet à une part croissante du public européen de visionner des films et des programmes partout dans le monde sur des téléviseurs haute définition, son propre équipement informatique et ses appareils mobiles. Les œuvres audiovisuelles sont désormais disponibles partout grâce à la radiodiffusion (notamment par satellite), la rediffusion, le *webcasting*, le *pay-per-view*, la vidéo à la demande, le *streaming*, les plateformes vidéo sur internet, les services de vidéo à la demande (VoD) et d'innombrables autres canaux. La plupart de ces services sont proposés sur une base territoriale et à des conditions variables<sup>2</sup>.

Pour suivre les progrès de la technologie numérique, de nouveaux modèles économiques de production et de distribution des films et des programmes de télévision émergent en permanence en vue d'adapter l'offre en matière d'œuvres audiovisuelles à la demande correspondante. Ces modèles économiques reposent sur le postulat des ayants droit d'avoir légalement, sur chaque territoire, le droit d'autoriser ou d'interdire à des tiers d'exploiter leurs œuvres ou, en l'absence d'un droit exclusif, de pouvoir au moins compter sur le versement d'une rémunération équitable pour l'utilisation desdites œuvres. De nouveaux modèles économiques introduisant des formes d'exploitation innovantes ne se développent que si les ayants droit et leurs cessionnaires peuvent compter sur le cadre juridique existant en matière de droit d'auteur pour octroyer des licences et faire respecter les droits attachés à leurs œuvres audiovisuelles sur tous les territoires. Sans la protection de la loi, aucun revenu ne pourrait être généré à partir de l'exploitation de ces œuvres et aucun investissement ne serait fait.

1) Une génération représente environ 25 ans : <http://en.wikipedia.org/wiki/Generation>

2) Helberger N. et al., *Digital Consumers and the Law: Towards a Cohesive European Framework*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn, 2013.

Au fil des ans, le cadre juridique européen en matière de droit d'auteur a subi un certain nombre d'ajustements visant à adapter le régime aux diverses réalités technologiques successives. 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 (directive InfoSoc) a introduit le dernier changement en date concernant le droit général de communication au public, en instaurant le droit de rendre des œuvres accessibles au public de telle manière que chaque membre du public puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. De nouvelles formes d'exploitation des œuvres en ligne, telles que le *streaming*, la vidéo à la demande ou le « *webcasting* » tombent, à juste titre, dans le vaste champ d'application du droit de communication au public. A moins qu'il n'en aille autrement ? La question se pose de savoir si les modes actuels ou futurs de communication au public sont effectivement couverts par le droit d'exclusivité du titulaire. En d'autres termes, quels sont les critères permettant de déclarer qu'une forme d'exploitation constitue un acte de communication au public au sens du droit d'auteur européen *acquis*? Les juridictions nationales et, surtout, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) jouent un rôle majeur dans l'interprétation et la délimitation de la portée du droit exclusif de communication au public.

Cependant, l'avènement des technologies numériques peut également perturber sérieusement les modèles économiques existants, par exemple lorsque de nouvelles formes d'exploitation provoquent l'obsolescence des formes plus anciennes. Il y a un risque de voir se développer l'insécurité juridique lorsqu'un modèle économique est basé sur un système de droit spécifique tributaire de la technologie. Cette situation s'est produite dans plusieurs Etats membres en ce qui concerne la retransmission par câble : le droit à rémunération pour la retransmission des programmes par câble est régi par un régime juridique particulier dans le cadre de l'*acquis* européen<sup>3</sup>. La Directive 93/83/CE relative à la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble (directive Satellite-Câble)<sup>4</sup>, définit la « retransmission par câble » comme « la retransmission simultanée, inchangée et intégrale par câble ou par un système de diffusion par ondes ultracourtes pour la réception par le public d'une transmission initiale à partir d'un autre Etat membre, sans fil ou avec fil, notamment par satellite, d'émissions de télévision ou de radio destinées à être captées par le public. »

Mais que se passe-t-il lorsqu'il n'y a plus d'acte de « retransmission » ? Comment faut-il interpréter la loi et quelles sont les conséquences pour les ayants droit<sup>5</sup> ? Autrement dit, ce que les radiodiffuseurs ne considèrent plus comme une retransmission par câble en vertu de la directive Satellite-Câble pourra-t-il être qualifié de communication au public en vertu de la directive InfoSoc ? Les ayants droit seraient-ils alors habilités à réclamer des royalties sur la base de leur droit exclusif plutôt qu'une rémunération équitable pour la retransmission?

Le présent article analyse, à partir de deux approches différentes, mais corrélées, comment la technologie numérique en réseau a un impact sur l'exploitation des œuvres audiovisuelles dans le cadre de la réglementation de l'UE en matière de droit d'auteur. D'une part, il examine si l'exploitation des œuvres via internet s'inscrit dans le cadre du droit de communication au public ; d'autre part, il étudie comment la technologie numérique affecte l'exercice de certaines formes de communication au public, en particulier le droit de la retransmission par câble. Pour le reste, l'article est structuré comme suit : la deuxième partie fournit un aperçu général du cadre juridique que constitue l'*acquis* européen sur le thème du droit de communication au public. La troisième partie analyse l'impact de l'utilisation d'internet comme mode d'exploitation des œuvres audiovisuelles, avec un examen particulier de l'interprétation de la notion de « communication au public » par la CJUE, au sens de la directive InfoSoc, en lien avec la communication sur internet.

3) Hugenholtz P. B. « Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble : passé, présent, futur », IRIS *plus* 2009-8, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2009, p. 7.

4) 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, 06.10.1993, p. 15-21.

5) Triaille J.-P. et al. *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society*, De Wolf and partners, PN/2009-35/D, Bruxelles, décembre 2013, p. 199 et suivantes.

Sur la base de la jurisprudence pertinente de la CJUE et des juridictions nationales, la quatrième partie traite de l'impact de la technologie numérique sur le dispositif réglementaire applicable à la retransmission par câble ainsi que de son impact sur les actions des câblodistributeurs. Enfin, la cinquième partie tire des conclusions sur la portée du droit de communication au public, l'avenir du droit de la retransmission par câble et l'exercice des droits exclusifs dans l'environnement numérique.

## II. Quels sont les droits d'exploitation dans le paysage actuel ?

### 1. Cadre juridique

Les droits économiques peuvent être considérés comme, d'une part, le droit d'autoriser ou d'interdire et, d'autre part, le droit de percevoir une rémunération. En vertu de la directive sur la société de l'information, les trois principales catégories de droits économiques (droits de reproduction, de distribution et de communication au public) ont été largement harmonisées pour les œuvres de l'esprit et les matières connexes. La directive s'appuie fortement sur les « traités internet » (WCT et WPPT<sup>6</sup>) de l'OMPI qui, eux-mêmes, se basent sur la Convention de Berne, la Convention de Rome et l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (ADPIC).

L'article 2 de la directive énonce une définition large et globale du droit de reproduction, couvrant tous les actes pertinents de la reproduction, que ce soit en ligne ou hors ligne, sous forme matérielle ou immatérielle. Dans le cadre de l'adaptation de l'*acquis communautaire* aux besoins de tous les ayants droit, le droit de reproduction est conféré, en vertu de la directive InfoSoc, aux auteurs, artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes et producteurs de films et aux organismes de radiodiffusion. En ce qui concerne les actes protégés par le droit de reproduction, chacun d'entre eux bénéficie du même niveau de protection que les œuvres ou autres objets protégés correspondants<sup>7</sup>. Dans la pratique, la formulation très large du droit de reproduction entraîne son chevauchement avec le droit de communication au public. En effet, le droit de reproduction couvre presque toutes les utilisations d'une œuvre ou d'un objet protégé, même si certains actes d'utilisation similaires dans l'univers analogique (tels que la réception d'un signal de télévision ou la lecture d'un livre) sont largement hors du champ de protection de la propriété intellectuelle<sup>8</sup>. Dans la pratique, le droit de reproduction s'étend à toutes les parties impliquées dans la diffusion et l'utilisation des œuvres et autres objets protégés, même si dans le domaine de la distribution physique, leurs rôles respectifs - en particulier celui de simples transporteurs - ne comportent aucun acte soumis à restrictions. Mais l'ampleur du droit de reproduction augmente également le nombre d'actes soumis à restriction pour les fournisseurs de contenus, tels que les radiodiffuseurs ou les fournisseurs de services en ligne. Il en résulte que plusieurs licences sont requises pour les actes d'utilisation unitaire<sup>9</sup>.

En conformité avec les obligations internationales de l'Europe<sup>10</sup>, l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc accorde aux 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

6) Le WCT est le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le WPPT est le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

7) Guibault L. « Le tir manqué de la Directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information », *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2003-2, p. 545.

8) Voir entre autres Hugenholtz P. B. « Adapting copyright to the information superhighway », dans Hugenholtz P.B. (éd.), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, p. 81-102 en page 92-93; Westkamp G. « Towards access control in UK Copyright law? », *Cri*, 2003-1, p. 11-16; Hart M. « The Copyright in the information society directive; an overview », *EIPR*, 2002, p. 58-64; Spoor J. « The copyright approach to copying on the internet: (over) stretching the reproduction right? », dans Hugenholtz P.B. (éd.), 1996, *op. cit.*, p. 67-79.

9) Guibault L. et al. « Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, Report to the European Commission, DG Marché intérieur, février 2007, p. 24.

10) Article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et art. 10 et 14 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et les phonogrammes, tous deux signés à Genève le 21 décembre 1996.

public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. » L'un des principaux objectifs de cette disposition est de clarifier le fait que ce droit couvre les services interactifs « à la demande ». Elle assure la sécurité juridique en confirmant que le droit de communication au public est également pertinent lorsque les membres du public ont un accès individuel, de différents endroits et à des moments différents, à une œuvre proposée sur un site accessible au public. Cette disposition régit non seulement les actes visant à rendre les œuvres accessibles en ligne, mais aussi les méthodes plus traditionnelles de communication des œuvres au public, telles que la radiodiffusion. En effet, l'un des aspects les plus complexes du droit de mise à disposition porte sur sa frontière avec la radiodiffusion. Or, il est important d'établir une distinction claire, car c'est un gage de sécurité juridique pour toutes les parties prenantes.

Conformément à l'article 1, paragraphe 2 de la directive InfoSoc, son champ d'application n'affecte pas les règles applicables à la radiodiffusion de programmes par satellite et à la retransmission par câble. La retransmission par câble est réglementée en vertu de l'article 8 de la directive Satellite-Câble, qui dispose que « Les Etats membres veillent à ce que les retransmissions par câble d'émissions provenant d'autres Etats membres se déroulent sur leur territoire dans le respect des droits d'auteur et droits voisins en vigueur et sur la base de contrats individuels ou collectifs conclus entre les titulaires des droits d'auteur et de droits voisins et les distributeurs par câble. » Conformément à l'article 9 de la directive Satellite-Câble, « le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblodistributeur pour la retransmission par câble d'une émission ne [peut] être exercé que par une société de gestion collective. » Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction du présent article, ce régime s'applique à la retransmission par câble qui est définie comme la « retransmission simultanée, inchangée et intégrale par câble ou par un système de diffusion par ondes ultracourtes pour la réception par le public d'une transmission initiale à partir d'un autre Etat membre. » Si la transmission ne répond pas à toutes les conditions de la définition, le régime de gestion collective obligatoire des droits ne s'applique pas, comme nous le verrons au chapitre 4 ci-dessous<sup>11</sup>.

Depuis l'adoption de la directive InfoSoc en 2001, le besoin d'interprétation de la notion de « communication au public » a donné lieu à de nombreuses demandes de décisions préjudicielles adressées à la CJUE. Il est intéressant de noter que les différentes affaires affichent une progression dans les modes d'exploitation soumis à l'examen de la Cour, depuis les signaux de radiodiffusion par émetteurs terrestres entre filiales d'une même organisation<sup>12</sup> jusqu'à l'installation dans des chambres d'hôtel de postes de télévision et/ou de radio auxquels l'hôtelier distribue un signal de radiodiffusion<sup>13</sup>, la transmission d'émissions diffusant des œuvres protégées dans un pub<sup>14</sup>, la simple communication au public par satellite<sup>15</sup> ou la diffusion de musique dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire<sup>16</sup>. Avec le temps, la Cour a mis en place plusieurs critères permettant d'évaluer si un acte spécifique de communication constitue ou non une « communication au public ». On peut dégager quatre critères principaux de cette série d'affaires :

#### 1) L'identité de l' « utilisateur »

Selon la CJUE, un « utilisateur » (c'est-à-dire la personne qui utilise un moyen de communication) réalise un acte de communication lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des

11) Hugenholtz P. B. « Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble : passé, présent, futur », IRIS *plus* 2009-8, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2009, p. 7.

12) CJUE, 14 juillet 2005, affaire C-192/04, *Lagardère Active Broadcast v. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) et Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, Recueil de la jurisprudence 2005 I-07199 (*Lagardère*).

13) CJUE, 7 décembre 2006, affaire C-306/05 (*SGAE v. Rafael Hoteles*); CJUE 15 mars 2012, affaire C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*).

14) CJUE, 4 octobre 2011, affaire C-403/08 (*FA Premier League v. QC Leisure* et affaire C-429/08 *Karen Murphy v. Media Protection Services Limited*).

15) CJUE, 13 octobre 2011, affaires C-431/09 et C-432-09 (*Airfield/AGICOA*).

16) CJUE, 15 mars 2012, affaire C-135/10 (*Società Consortile Fonografici (SCF)/Del Corso*).

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<sup>17</sup>. Ce critère a reçu une interprétation assez souple dans l'affaire *Premier League*, l'affaire *Del Corso* et l'affaire *Phonographic Performance* : la transmission des matchs de football sur un écran de télévision dans un pub, la diffusion de musique dans des chambres d'hôtel, de même que dans un cabinet dentaire ont été considérées comme des actes impliquant l'intervention de l'utilisateur telle qu'elle est définie par la CJUE.

## 2) La définition du « public »

Le « public » a été interprété de manière constante comme englobant un nombre indéterminé et assez important de bénéficiaires potentiels de la communication. Dans l'affaire *Phonographic Performance*, la Cour résume sa jurisprudence précédente comme suit:

*Concernant, ensuite, le critère relatif à un « nombre de personnes assez important », la Cour a précisé, d'une part, que celui-ci vise à signaler que la notion de public comporte un certain seuil de minimis, ce qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante. D'autre part, afin de déterminer ce nombre, il convient de tenir compte des effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels. A cet égard, il n'est pas seulement pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement, mais il convient également de savoir combien d'entre elles ont successivement accès à celle-ci<sup>18</sup>.*

Pour entrer dans le champ d'application de la directive InfoSoc, la communication doit être faite à distance à un public qui n'est pas présent sur le lieu d'origine de la communication, au sens du considérant 23 de la directive sur le droit d'auteur<sup>19</sup>. Selon la Cour, le public qui fait l'objet de la communication doit être, 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<sup>20</sup>.

## 3) Le caractère lucratif de la communication au public

Se référant à la décision dans l'affaire *SGAE*<sup>21</sup>, la Cour rappelle dans plusieurs décisions que, concernant le troisième critère, le caractère lucratif d'une « communication », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le droit d'auteur, n'est pas dénué de pertinence<sup>22</sup>. La Cour justifie cette position en expliquant que dans une situation telle que celle de l'affaire *Premier League*, « il ne saurait être contesté 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. Par conséquent, la transmission en cause se répercute sur la fréquentation de cet établissement et, au bout du compte, sur ses résultats économiques. » Ce critère est en fait l'un des principaux aspects qui, dans l'affaire *Del Corso*, a conduit la Cour à ne pas considérer la diffusion de musique dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire comme une communication au public en vertu de l'article 3 de la directive InfoSoc<sup>23</sup>.

Le préalable développé par la Cour sur le caractère lucratif de la communication est plus tortueux que les deux premiers critères. Cette condition est délicate à expliquer sur la base de la formulation de l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc et des obligations internationales

17) CJUE, 15 mars 2012, affaire C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*) point 31.

18) CJUE, 15 mars 2012, affaire C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*), point 35.

19) CJUE, 4 octobre 2011, affaire C-403/08 (*FA Premier League v. QC Leisure*) et affaire C-429/08 (*Karen Murphy v. Media Protection Services Limited*), point 203.

20) CJUE, 15 mars 2012, affaire C-135/10 (*Società Consortile Fonografici (SCF)/Del Corso*), point 91.

21) CJUE, 7 décembre 2006, affaire C-306/05, (*SGAE v. Rafael Hoteles*), point 44.

22) CJUE, 4 octobre 2011, affaire C-403/08, point 204.

23) CJUE, 15 mars 2012, affaire C-135/10 (*Società Consortile Fonografici (SCF)/Del Corso*), point 97.

correspondantes dans le WCT et le WPPT. Aucune de ces dispositions statutaires ne va jusqu'à suggérer que l'entité à l'origine de la communication pourrait être motivée par le profit. En fait, dans le passage de référence dans l'affaire SGAE, la Cour semble minimiser l'importance de ce facteur :

*Dès lors, 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<sup>24</sup>.*

Compte tenu de la formulation prudente utilisée par la Cour, il est singulier que cette condition ait suscité autant d'attention dans les affaires ultérieures. Par ailleurs, il est surprenant que cette interprétation ait été retenue, car elle semble contredire la pratique historique d'octroi de licences par les organismes de gestion collective des droits (OGC) dans le domaine de l'exécution publique des œuvres musicales. Les OGC accordent des licences aux utilisateurs d'œuvres musicales qui exécutent les œuvres en public, indépendamment de la nature commerciale de l'activité exercée. Par conséquent, des licences sont fréquemment délivrées aux institutions publiques et sociales telles que les hôpitaux, les foyers d'accueil et les écoles. Cela pose la question de savoir si l'interprétation de la Cour aurait une incidence sur cette pratique traditionnelle des OGC.

#### 4) *Le concept de public « nouveau »*

Dans les arrêts *SGAE*, *Airfield* et *Premier League*, la CJUE considère que les titulaires de droits doivent autoriser toute communication au public. Cette autorisation doit être délivrée en particulier lorsque la communication rend les œuvres protégées accessibles à un public « nouveau », c'est-à-dire un public qui n'a pas été envisagé par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne<sup>25</sup>. L'origine de cette condition est également assez vague. La Cour explique que ce critère trouve son origine dans le considérant 17 de la Directive 93/83, selon lequel les titulaires de droits doivent percevoir, pour la communication de leurs œuvres au public par satellite, une rémunération appropriée qui doit prendre en compte tous les paramètres de l'émission, tels que l'audience effective et l'audience potentielle. En d'autres termes, la Cour relie systématiquement la notion de « public potentiel » à celle de « public nouveau », ces deux termes étant à la fois très ambigus, sujets à des interprétations diverses et difficiles à préciser dans la pratique.

## 2. Les droits d'exploitation dans le secteur de l'audiovisuel

Dans ce contexte, le modèle d'exploitation prédominant pour les films est actuellement la gestion individuelle basée sur l'exclusivité et la liberté contractuelle. Contrairement au modèle suivi dans la production musicale, les producteurs de films regroupent tous les droits y afférents ; cela résout les problèmes de fragmentation, principal obstacle à des licences multi-territoriales. Or, malgré cela, le marché de la licence pour les films dans l'UE est essentiellement national, à l'image d'un régime du droit d'auteur fondé sur le principe territorial. Depuis l'initiative récente *Licences for Europe*, il semble que le secteur de l'audiovisuel soit conscient des défis posés par l'accès transfrontalier et qu'il s'efforce d'y répondre dans le cadre de l'exclusivité des droits d'auteur et de l'octroi flexible de licences sur la base du marché<sup>26</sup>. Dans la même veine, des promesses ont été faites pour développer la portabilité transfrontalière des services d'abonnement destinés aux consommateurs et pour améliorer l'identification et la découverte

24) CJUE, 7 décembre 2006, affaire C-306/05, (*SGAE v. Rafael Hoteles*), point 44.

25) CJUE, 13 octobre 2011, affaires C-431/09 et C-432-09 (*Airfield/AGICOA*), point 72.

26) Voir les documents suivants tirés des débats du groupe dédié à l'audiovisuel de *Licences for Europe* en 2013 : *Language Versioning... ; Statement by EuroVoD on Portability...* ; Joint Statement on Cross-border Portability of lawfully-acquired Audiovisual Content. Tous les documents sont disponibles sur le site de *Licences for Europe* : <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/about-site>

de contenus audiovisuels en ligne, ceci afin d'élargir l'offre légale<sup>27</sup>. On considère que les offres légales constituent les moyens les plus efficaces pour lutter contre le piratage en ligne massif<sup>28</sup>. Du point de vue des consommateurs, les restrictions d'accès aux services audiovisuels dues à l'exploitation territoriale et à des mesures techniques sont problématiques et donnent lieu à des plaintes dénonçant une discrimination injustifiée par les prix, un cloisonnement artificiel des marchés et un manque de transparence. La plupart des fournisseurs de services en ligne partagent certaines préoccupations liées à la disponibilité transfrontalière des contenus<sup>29</sup>.

Le droit d'auteur est un facteur déterminant dans le développement de ce paysage. Etant donné que la plupart des diffusions en ligne d'œuvres audiovisuelles englobe des reproductions techniques et/ou la diffusion d'œuvres en ligne (navigation, téléchargement, *streaming*, liens), l'interprétation de la portée des droits de reproduction et de la communication au public/mise à disposition du public a un impact sur le statut juridique des offres actuelles et futures. Le champ d'application variable des droits de reproduction, les problèmes de localisation du droit de mise à disposition et l'application éventuelle de ces deux droits à un seul acte de transmission numérique posent un certain nombre de défis concernant l'octroi de licences et l'application du droit, défis qui sont abordés selon des approches divergentes par chacune des catégories constituées par les titulaires de droits, les fournisseurs de services et les consommateurs<sup>30</sup>.

A cet égard, la directive InfoSoc fournit des orientations normatives et recommande que les règles en matière de droit d'auteur soient « adaptées et complétées pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation » en vue de faire face aux développements technologiques, considérant que « la protection de la propriété intellectuelle ne nécessite aucun concept nouveau<sup>31</sup>. » Pour ce qui est de l'interprétation de l'*acquis* et de ses transpositions dans les Etats membres, les juridictions nationales et la CJUE semblent suivre cette orientation et façonnent ainsi la portée des droits exclusifs selon les anciennes et nouvelles formes d'exploitation des œuvres audiovisuelles, en mettant l'accent sur le droit de communication au public. Les chapitres suivants examinent plus en détail la jurisprudence pertinente et ses implications.

### III. Internet : une nouvelle forme de communication au public ?

Après avoir traité une première génération d'affaires sur l'interprétation du droit de communication au public dans le cadre des formes d'exploitation traditionnelles, la CJUE est désormais appelée à se prononcer sur la portée du droit de communication au public à la lumière des nouvelles formes de communication générées par internet, telles que le *live-stream* (diffusion en ligne en direct) des émissions de télévision et les hyperliens vers des pages web. Dans ce chapitre, nous présentons les critères établis par la Cour tels qu'ils sont appliqués à la fois aux formes d'exploitation traditionnelles et à celles qui sont basées sur internet. Il est important de noter que deux questions clés pour la fourniture de services audiovisuels en ligne ne sont pas abordées explicitement dans ces affaires : l'imbrication du droit de reproduction et du droit de mise à disposition, et la localisation de ce dernier<sup>32</sup>.

27) *Licences for Europe, Ten pledges to bring more content online 2013*, disponible sur : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113\\_ten-pledges\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf)

28) Voir par ex. Mazziotti G. (rapporteur), *Copyright in the EU Digital Single Market*, Centre for European Policy Studies – CEPS Digital Forum, 2013, 29-30, 50.

29) *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, p. 6-7, 10-11. Disponible sur [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)

30) *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, p. 11, disponible sur : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf). Voir également *Report on Public Consultation Copyright 2014*, p. 13-14, 16 et suivantes.

31) Considérant 5 de la directive InfoSoc.

32) Voir Triaille J.-P. et al., *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society*, De Wolf and partners, PN/2009-35/D, Bruxelles, décembre 2013, p. 120 et suivantes., pour une analyse détaillée du problème de « localisation ».

## 1. Live-stream des émissions télévisées

Le 7 mars 2013, la CJUE a rendu son jugement dans l'affaire *ITV Broadcasting* à la suite d'une demande de décision préjudicielle de la *High Court of Justice (England & Wales)*<sup>33</sup>. Le jugement porte sur l'interprétation du droit de communication au public de l'auteur sur internet en vertu de l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc, ainsi que sur les droits connexes correspondant aux articles 2 et 8, paragraphe 1 de la directive Satellite-Câble.

L'affaire concerne la distribution par la télévision de rattrapage (TVC) via internet, pratiquement en temps réel, des émissions de télévision transmises par certains radiodiffuseurs, notamment *ITV Broadcasting Ltd (ITV)*. TVC utilise un réseau de serveurs à quatre niveaux (comprenant des serveurs d'acquisition, d'encodage, d'origine et d'extrémité) pour permettre aux utilisateurs d'accéder à des émissions télévisées via un flux internet<sup>34</sup>. En substance, TVC offre des services permettant aux utilisateurs de recevoir « en direct » au moyen d'internet des flux d'émissions télévisées gratuites, notamment les émissions télévisées diffusées par *ITV*. Toutefois, les utilisateurs de ces services n'obtiennent l'accès qu'à des contenus qu'ils sont légalement en droit de regarder avec une licence de télévision britannique.

Dans ce contexte, la Cour a examiné si la notion de « communication au public » couvrait la retransmission via internet décrite ci-dessus des œuvres incluses dans un programme télévisuel terrestre. Pour cela, la Cour a procédé à une analyse étape par étape.

La première étape consiste à vérifier si une telle retransmission est considérée comme une « communication » au sens du droit d'auteur. La Cour estime que tel est le cas, en faisant valoir que le service de TVC équivaut à un acte de transmission ou retransmission distinct - et donc soumis à restriction - d'une œuvre par un moyen technique spécifique. A l'appui de cette conclusion, la Cour fait valoir que *l'intervention* de TVC va au-delà de la fourniture d'un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de la transmission originale dans sa zone de couverture<sup>35</sup>.

Après avoir établi qu'il s'agissait d'une communication d'œuvres relevant du droit d'auteur, la Cour a ensuite entamé la deuxième étape de l'analyse visant à déterminer si cette communication s'adressait à un « public ». La réponse est une fois de plus affirmative. Le concept de public englobe un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique un nombre de personnes assez important<sup>36</sup>. A cet égard, il est donc pertinent de déterminer le nombre de personnes qui ont accès à la même œuvre simultanément et successivement<sup>37</sup>. Les actes de retransmission des œuvres via internet de TVC s'adressent à tous les résidents du Royaume-Uni ayant une connexion internet et une licence de télévision en cours de validité. Considérant que ces utilisateurs peuvent accéder simultanément à la diffusion en direct des émissions télévisées en ligne, la Cour estime qu'il s'agit d'une communication au public<sup>38</sup>.

Se référant à la jurisprudence antérieure sur le droit de communication au public, la CJUE procède ensuite à l'examen d'une troisième condition, en vue d'établir si la communication en cause atteint un public « nouveau ». Toutefois, étant donné que la retransmission par TVC via internet est un acte individuel soumis à restriction et exigeant une autorisation distincte - en raison des conditions techniques spécifiques, des moyens utilisés et du public ciblé - il n'y a pas lieu d'examiner la condition du « public nouveau »<sup>39</sup>.

33) CJUE, 7 mars 2013, affaire C-607/11 (*ITV Broadcasting/TV Catchup*).

34) CJUE *ITV Broadcasting*, points 9-13.

35) CJUE *ITV Broadcasting*, points 28-30.

36) CJUE *ITV Broadcasting*, point 32 faisant référence à l'arrêt *SGAE*, points 37 et 38 ainsi que la jurisprudence citée.

37) CJUE *SGAE*, point 39; CJUE *ITV Broadcasting*, point 34.

38) CJUE *ITV Broadcasting*, point 35.

39) CJUE *ITV Broadcasting*, point 39. Concernant cette condition, voir CJUE *SGAE*, point 40 ; CJUE *Premier League*, point 197 ; CJUE *Airfield*, point 72. Concernant cette dernière affaire, voir Vousden S. « *Airfield, intermediaries and the rescue of EU copyright law* », *Intellectual Property Quarterly*, 2012(4), 311-325.

Pour compléter son analyse, la Cour estime que seuls les deux premiers éléments constituent une condition *indispensable* pour qualifier un acte en tant que communication au public relevant du droit d'auteur (donc soumise à restriction). D'autres éléments annexes, mais non indispensables, concernent le caractère lucratif de l'acte (par exemple, si le modèle économique est financé par la publicité) - généralement lié au rôle de l'utilisateur et à son intention - ou le fait que l'entité responsable de l'acte « agit en concurrence directe avec le radiodiffuseur original<sup>40</sup>. »

L'affaire *ITV Broadcasting* peut être considérée comme un exemple de l'approche économique de la CJUE pour se livrer à l'interprétation des droits exclusifs. Confrontée à un nouveau mode d'exploitation ayant un poids économique, la Cour l'a placé dans le cadre du droit de communication au public, l'a interprété en fonction de « l'existence et [du] niveau de plusieurs critères interdépendants concernant la personne de l'utilisateur (contrefacteur potentiel) et le public ciblé<sup>41</sup>. »

L'un des aspects fondamentaux de cet arrêt réside dans le fait qu'il met en évidence un critère nouveau et alternatif pour qualifier les actes en vertu de ce droit exclusif, notamment le critère des « moyens techniques indépendants spécifiques de mise à disposition du public<sup>42</sup> ». Ainsi qualifiés, ces actes constituent une *intervention* qui va au-delà de la fourniture de simples moyens techniques pour assurer ou améliorer la réception de la transmission originale et, partant, ne nécessitent pas de procéder à l'examen de la condition de « public nouveau ». Néanmoins, la situation ne permet pas toujours de déterminer clairement si une transmission techniquement distincte a lieu, ce qui rend superflu l'examen de l'existence d'un public nouveau<sup>43</sup>. Alors que les transmissions effectuées à l'aide de nouveaux modes de communication répondront sûrement à la condition des « moyens techniques spécifiques », il est peu probable qu'on parvienne à la même conclusion avec des technologies révolutionnaires au sein d'un même mode de communication<sup>44</sup>. Imaginons, par exemple, un modèle innovant de retransmission d'œuvres audiovisuelles sur internet alors que ces contenus sont préalablement disponibles pour le *streaming* en ligne.

En somme, les transmissions et les retransmissions d'œuvres audiovisuelles par le biais de différents moyens de communication déclenchent le droit exclusif et nécessitent des autorisations individuelles. De surcroît, cela implique que l'entité responsable de la transmission initiale qui souhaite s'engager dans ces nouveaux modes d'utilisation aura (aussi) besoin d'obtenir les autorisations requises pour les droits qu'elle ne détient pas. Cela semble être déjà le cas avec les radiodiffuseurs impliqués dans la fourniture transfrontalière de services en ligne, comme nous l'avons mentionné plus haut. En revanche, de nouveaux modes d'utilisation au sein d'un même moyen de communication ne seront probablement pas soumis au critère des « moyens techniques spécifiques », ni, par conséquent, au droit de communication au public. Cependant, dans ce dernier cas, l'analyse subséquente du critère de « public nouveau » pourrait aider les titulaires de droits à obtenir le contrôle des nouvelles formes d'exploitation, notamment à la suite de l'arrêt *Svensson* (voir ci-dessous).

Dorénavant, l'approche économique de la CJUE est favorable aux titulaires de droits, car elle garantit le contrôle des modèles prospectifs de diffusion en ligne d'œuvres audiovisuelles. Plus les tiers utiliseront des technologies révolutionnaires, plus il est probable que cela équivaudra à des « moyens techniques spécifiques indépendants », ce qui nécessite une licence, *même si la communication ne vise pas un public nouveau*. Lorsque ce n'est pas le cas, le critère de « public nouveau » peut néanmoins déclencher le droit exclusif, comme nous le démontrons ci-dessous.

40) CJUE *ITV Broadcasting*, points 43-46. A noter, l'argument selon lequel le caractère lucratif de l'acte peut être déterminant pour sa qualification en vertu du droit de communication des ayants droit connexes selon la jurisprudence de la CJUE, développé par Klafkowska-Wasniowska K. « Public communication right: towards the full harmonisation? », *E.I.P.R.* 2013, 35(12), 751-758, en page 756-757.

41) Leistner M. « Europe's Copyright Law Decade: Recent Case Law of The European Court of Justice And Policy Perspectives », *Common Market Law Review* 2012, 51, 559-600, en page 569-570.

42) Leistner 2014, 569-572.

43) Sur ce point, voir Klafkowska-Wasniowska K. « Public communication right: towards the full harmonisation? », *E.I.P.R.* 2013, 35(12), 751-758, p. 756.

44) Voir Arezzo E. « Hyperlinks and making available right in the European Union - what future for the Internet after *Svensson*? », *IIC*, 2014, 45(5), 524-555, p. 535-536; Savola P. « Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links », *E.I.P.R.* 2014, 36(5), 279-288.

## 2. Les hyperliens vers des sites internet et le critère de « public nouveau »

Le 13 février 2014, la CJUE a rendu son arrêt dans l'affaire *Svensson* à la suite d'une demande de décision préjudicielle de *Svea hovrätt* (Suède). La question soumise à la Cour portait sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc, à savoir si le droit exclusif de l'auteur quant à la communication/mise à disposition de ses œuvres au public s'applique à la « fourniture de liens ». En raison de son importance, de la technologie impliquée et du débat que l'affaire a suscité avant l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Svensson*<sup>45</sup>, il nous semble nécessaire de fournir au préalable quelques éléments sur l'historique et le contexte de cette affaire, avant d'analyser la décision et ses implications.

La « fourniture de liens » est un terme générique qui recouvre plusieurs actes similaires : « liens profonds, liens de cadrage, liens automatiques et liens incorporés<sup>46</sup> ». La fourniture de liens peut être caractérisée par les différentes techniques utilisées<sup>47</sup>.

- Les **hyperliens standard** sont des liens (par exemple texte, vignettes ou autres formats) qui, une fois cliqués, amènent le navigateur à rediriger ou « pousser » l'utilisateur sur une autre page (cible). Cette dernière peut être la page principale ou page d'accueil (lien de surface), une sous-page ou une ressource (lien en profondeur). Ces liens sont traités par la CJUE dans l'arrêt *Svensson*.
- Les **liens automatiques ou liens incorporés** sont des liens où le « navigateur récupère de façon transparente un matériau (par exemple une image ou une autre page web) et l'affiche dans le cadre de l'actuelle page [source] ». Le contenu est stocké sur un certain site web, mais il est récupéré et intégré sur le site source où il devient visible aux utilisateurs. C'est ce type de lien vers une vidéo YouTube qui fait l'objet de l'affaire *BestWater international*<sup>48</sup>.
- Les **liens de cadrage** conservent l'adresse du site d'origine, même lorsqu'ils mènent à des pages externes, et l'affichent comme une partie du site de départ, c'est-à-dire dans un « cadre », comme une fenêtre *pop-up*, sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une nouvelle fenêtre du navigateur. Par cet acte qui consiste à « tirer » le contenu à proximité de la page source, le cadrage est similaire aux liens incorporés. Le statut juridique des liens de cadrage vers des flux internet de rencontres sportives fait l'objet de l'affaire *C More Entertainment* (en cours devant la CJUE)<sup>49</sup>.

En substance, les hyperliens agissent comme des références et des moyens d'accès à d'autres sources sur le web. Comme tels, ils constituent des outils de référence essentiels pour les programmeurs, les fournisseurs et les utilisateurs de services en ligne. Etant donné que, dans le meilleur des cas, les hyperliens constituent un moyen de mettre indirectement des œuvres à disposition en ligne, il est difficile de les qualifier comme relevant du droit de « mise à disposition ». Compte tenu du rôle central des liens hypertextes dans le fonctionnement d'internet, on peut s'interroger sur la pertinence de les qualifier ainsi<sup>50</sup>. Du fait de ces considérations descriptives et normatives, l'arrêt *Svensson* a polarisé la doctrine du droit d'auteur européen<sup>51</sup>.

45) CJUE, 13 février 2014, affaire C-466/12 (*Svensson/Retriever Sverige AB*).

46) Headdon T. « An epilogue to *Svensson*: the same old new public and the worms that didn't turn », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, 9(8), 662-668, p. 662.

47) Voir Savola, p. 280 et note 10, dont est largement tirée cette distinction (les citations des paragraphes suivants sont tirées de la même source). Voir également Tsoutsanis A. « Why Copyright and Linking can Tango », *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2014, 9(6), 495-509, pp 496-497; Arezzo 2014, 526-527.

48) CJUE, 21 octobre 2014, affaire C-348/13 (*BestWater International*). [Note de l'éditeur] La décision de la CJUE dans cet affaire a été prise après la rédaction de cet article

49) CJUE -279/13, Demande de décision préjudicielle présentée par le Högsta domstolen le 22 mai 2013 - *C More Entertainment AB v. Linus Sandberg*, en cours.

50) Pour une argumentation identique, voir Savola 2014 (EIPR), 281. Voir également Arezzo, 525.

51) Voir Tsoutsanis 2014, Ginsburg 2014 et Savola 2014 (EIPR).

D'un côté, l'European Copyright Society (ECS) fait valoir que les hyperliens (y compris le cadrage) ne devraient pas être couverts par le droit de communication au public, et ce pour trois raisons distinctes. Tout d'abord, les liens hypertextes ne sont pas des actes de communication, car ils ne constituent pas une *transmission* d'une œuvre. Ensuite, même s'ils sont qualifiés comme tels, ils ne constituent pas une *intervention donnant accès à une œuvre*, ni une communication d'une œuvre, mais des références ou un outil de localisation d'une adresse (via une requête envoyée à un serveur) de protocole internet (IP). Enfin, même si les liens hypertextes sont considérés comme des communications d'une œuvre, ils ne constituent pas des communications s'adressant à un *public nouveau*, étant donné le caractère universel du public ciblé<sup>52</sup>. Il est important de noter que cet avis est antérieur à l'affaire *ITV Broadcasting*, qui a introduit le critère de « conditions techniques spécifiques » qui prévaut sur l'analyse du critère de « public nouveau ».

Dans un *Rapport et Avis* publié ultérieurement en 2013 et consacré aux techniques des liens sur internet, l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) suit une voie différente. Elle fait valoir que « le droit de mise à disposition couvre les liens qui permettent au public d'accéder à des œuvres ou objets protégés déterminés », mais pas ceux « qui ne font que renvoyer vers une source à partir de laquelle il sera éventuellement possible d'accéder à une œuvre par la suite<sup>53</sup>. » A cet égard, peu importent les moyens techniques mis en œuvre (par exemple lien hypertexte ou lien automatique) ou la nature contrefaisante de l'œuvre mise à disposition : c'est l'acte d'*offrir* (par *streaming* ou par téléchargement individualisé) qui déclenche le droit de mise à disposition. Il s'ensuit qu'il y a atteinte à ce droit dans les circonstances suivantes : 1) si le contenu est mis à disposition initialement sans le consentement du titulaire de droits ; 2) si des mesures techniques de protection ont été contournées ou 3) si la disponibilité du contenu, même s'il a été diffusé initialement sur internet avec son consentement, va d'une autre manière à l'encontre de la volonté déclarée ou clairement implicite du titulaire de droits<sup>54</sup>. En substance, selon la position d'ALAI, les ayants droit disposent d'un « droit exclusif de « contrôler le contexte dans lequel une œuvre est mentionnée ou référencée<sup>55</sup> ».

L'affaire *Svensson* met en cause une société suédoise, Retriever Sverige AB, qui exploite un site internet fournissant à ses clients, selon leurs besoins, des listes de liens vers des articles publiés sur d'autres sites internet. Les requérants dans l'affaire au principal - tous journalistes, y compris *Svensson* - demandent réparation à Retriever pour le préjudice subi du fait de l'inclusion sur son site de liens hypertextes redirigeant les utilisateurs vers des articles de presse librement accessibles dont les requérants détiennent les droits. La principale question posée à la Cour visait à savoir si la mise à disposition sur un site de liens vers des œuvres protégées « librement accessibles » sur un autre site constitue un acte de communication au public soumis à restriction. Pour que ce soit le cas, la Cour a établi que deux critères cumulatifs devaient être remplis : 1) qu'il s'agisse d'un « acte de communication » d'une œuvre et 2) que la communication de cette œuvre s'adresse à un « public<sup>56</sup> ».

En ce qui concerne le premier critère, la CJUE estime que l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc exige simplement qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès. Partant, la fourniture d'un accès direct à une œuvre via un lien menant d'un site à l'autre doit être qualifiée de « mise à disposition » et, par conséquent, d'« acte de communication<sup>57</sup> ». On notera que l'acte de transmission ne figure pas parmi les conditions requises.

52) ECS Opinion 2013, paragraphe 6 et suivants faisant référence au langage pour ces trois raisons, ainsi que les *Travaux préparatoires* de la directive InfoSoc, le droit international, et la jurisprudence de la CJUE sur la communication au public, notamment les arrêts *SGAE*, *Premier League* et *Airfried*.

53) ALAI, Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet, disponible sur : <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>. Concernant le contexte plus général de ce rapport, voir Ginsburg 2014.

54) *Ibid.*

55) Savola 2014 (EIPR), 281 et note 23.

56) CJUE, arrêt *Svensson*, point 16. Voir à cet effet CJUE *ITV Broadcasting*, points 21 et 31.

57) CJUE, arrêt *Svensson*, points 19-20.

En ce qui concerne le deuxième critère, considérant que le lien est destiné à tous les utilisateurs potentiels du site - c'est-à-dire un « un nombre indéterminé et assez important de destinataires potentiels » - la Cour constate que les œuvres sont effectivement communiquées à un public<sup>58</sup>. Cependant, pour que cette communication relève de l'article 3, paragraphe 1, elle doit également être « adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public<sup>59</sup> ». La Cour estime qu'en l'occurrence, il n'y a pas de communication à un public nouveau, car le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, c'est-à-dire « tous les internautes », puisque l'accès aux œuvres sur ce site n'était soumis à « aucune mesure restrictive ». Il en irait différemment, par exemple, si les œuvres ciblées par les liens provenaient d'un site accessible uniquement sur abonnement. Il s'ensuit que les utilisateurs du site de Retriever font partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale.

Par conséquent, même s'il y a une « communication au public », aucune autorisation n'est requise car il ne s'agit pas d'un public nouveau. Ce constat reste valide même si l'activation du lien provoque l'apparition de l'œuvre « en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site<sup>60</sup>. » Cela pourrait affranchir les actes de « cadrage » *per se* (et, éventuellement, les liens incorporés) d'une violation du droit d'auteur. En revanche, lorsqu'un lien permet aux utilisateurs de contourner des mesures de restriction prises par le site de destination afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés, il constitue « une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées. » En ce cas, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau (non ciblé par la communication initiale), de sorte que l'autorisation des ayants droit s'impose à une telle communication au public.

La CJUE juge que l'article 3, paragraphe 1 ne peut être interprété comme « permettant aux Etats membres de 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>61</sup>. »

En admettant que ce soit le cas, cela aurait pour effet de compromettre les objectifs de la directive InfoSoc visant à remédier aux disparités législatives et à l'insécurité juridique en matière de droit d'auteur, ce qui porterait atteinte au fonctionnement du marché intérieur. Contrairement à l'arrêt *ITV Broadcasting* qui examinait la communication au public par retransmission, l'arrêt *Svensson* porte principalement sur des actes de mise à disposition à la demande. Il précise plusieurs aspects importants, à savoir les conditions liées aux concepts de *transmission* et de *public nouveau* dans le droit de mise à disposition. Si l'accès par le public est une exigence, alors on peut considérer que certains services du *cloud* qui permettent simplement à des utilisateurs individuels (ou à un cercle étroit de la famille et des amis, en fonction de la loi applicable) de faire des copies en amont des œuvres sur les serveurs d'hébergement et, par la suite, de télécharger/visionner leur contenu pour un usage privé ou personnel, ne relèvent pas du droit de mise à disposition, alors que, pour la plupart, ils relèvent du droit de reproduction<sup>62</sup>.

58) CJUE, arrêt *Svensson*, point 25.

59) CJUE, arrêt *Svensson*, point 24.

60) CJUE, arrêt *Svensson*, point 29.

61) CJUE, arrêt *Svensson*, points 37, 41.

62) Voir Triaille J.-P. et al., *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society, De Wolf and partners, PN/2009-35/D, Bruxelles, décembre 2013, p. 45, 119*. La limitation de la copie privée couvre la reproduction par l'ensemble des technologies et médias, de tous les types d'objets protégés, à l'exception des programmes et des bases de données informatiques. Pour relever de cette exception, les reproductions doivent être destinées à un usage privé, c'est-à-dire aux fins personnelles du bénéficiaire physique et au sein de sa sphère privée, ce qui dans plusieurs Etats membres de l'UE peut inclure un cercle plus ou moins large de proches et d'amis. Voir von Lewinski S. et Walter M.M. « Information Society Directive », dans Walter & Von Lewinski (éds.) *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, 2010, 1032-1033. Le terme « usage privé » figure également à l'art. 15, par. 1, alinéa a) de la directive sur le droit de location et de prêt (2006/115/CE) et aux articles 6, par. 2, alinéa a) et 9, point a) de la directive sur la protection juridique des bases de données (96/9/CE). Concernant les implications détaillées de cette notion, voir Poort J. et Quintais J.P. « The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies », *JIPITEC* Vol. 4 (3) 2013, 207-209; Karapapa S. *Private Copying*, 2012, Routledge, London, 49-78.

Le deuxième aspect important de l'arrêt *Svensson* concerne le critère de *public nouveau*. En un mot, un acte de mise à disposition en ligne qui n'est pas effectué selon un « mode technique spécifique » (conformément à l'arrêt *ITV Broadcasting*) peut donner lieu à l'obligation d'obtenir une autorisation si cette mise à disposition s'adresse à un *public nouveau*. Deux éléments sont essentiels pour l'examen de ce critère :

- a) déterminer si le lien cible un contenu qui a été rendu *librement accessible*<sup>63</sup>, et
- b) établir si le lien élargit le public du site d'origine en contournant les restrictions d'accès<sup>64</sup>.

Si le lien cible un contenu librement accessible sans élargir le public ciblé initialement, il n'enfreint pas le droit d'auteur, même s'il est possible que des personnes lésées fassent valoir une protection contre la concurrence déloyale<sup>65</sup>. Dans le cas contraire, le lien porte atteinte au droit de mise à disposition. Il est important de comprendre comment ces deux facettes du critère de « public nouveau » peuvent s'appliquer à différents scénarios de liens. Dans les paragraphes suivants, nous présentons brièvement quelques possibilités, notamment celles qui sont couvertes par *C More Entertainment* et *BestWater*.

#### *Restrictions techniques*

Si le lien (profond) donne accès à des contenus soumis à des mesures techniques de restriction d'accès (par exemple abonnement payant ou « identifiants de connexion »), il viole clairement le droit d'auteur. Les mesures actuelles de contrôle d'accès par géo-blocage utilisées par les radiodiffuseurs et les fournisseurs de services dans le secteur de l'audiovisuel peuvent être qualifiées de restrictions techniques. On serait en présence d'une infraction si le contenu n'était pas librement accessible et si le lien contournait les restrictions d'accès, ce qui équivaut à une communication à un public nouveau<sup>66</sup>. Cela s'applique aux contenus mis à disposition à la demande, ainsi qu'aux contenus initialement transmis par *streaming* via internet (s'il fait l'objet de restrictions techniques).

#### *Indisponibilité ultérieure*

Si le lien permet d'accéder à des contenus qui, initialement, étaient librement accessibles mais qui, par la suite, ont fait l'objet de restrictions techniques, il viole le droit d'auteur. Cependant, cette situation se produit rarement de façon automatique, puisque d'un point de vue technique, le lien d'origine ne donnera plus accès à l'œuvre une fois les restrictions mises en place. Il n'y aura infraction que si le lien contourne les restrictions d'accès ; par conséquent, les craintes de voir l'arrêt *Svensson* imposer un « devoir de surveillance » aux « poseurs de liens » semblent infondées<sup>67</sup>.

Une telle obligation résulterait d'une disposition de la Cour stipulant que les liens ne sont exemptés de l'obligation d'autorisation que s'ils permettent d'accéder à un œuvre qui a été mise à disposition selon un mode librement accessible et *reste* disponible selon le même mode<sup>68</sup>. En vertu de cet argument, l'immunité à l'égard d'une infraction serait tributaire d'une surveillance permanente par les « poseurs de liens » du statut librement accessible de l'œuvre. Ce schéma est peu probable, puisque la suppression du contenu ou l'imposition de restrictions techniques par les titulaires de droits devrait empêcher le lien de fournir l'accès aux œuvres. Toutefois, cette question pourrait devenir pertinente si les *restrictions contractuelles ultérieures* imposées par les titulaires de droits sont considérées *per se* suffisantes pour restreindre légalement l'accès aux œuvres.

63) Arezzo 2014, 541-543.

64) De même, voir Stevens P. « A hyperlink can be both a permissible and an infringing act at the same time », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, 9(7), 548-549.

65) Moir et al. 2014, 400.

66) Voir Tsoutsanis 2014, 507; Moir A. et al. « Communication to the public: the CJUE finds linking to material already 'freely available' cannot be restricted by copyright owners: Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB (C-466/12) », *E.I.P.R.* 2014, 36(6), 399-400, p. 400; Headdon 2014, 665.

67) Voir Headdon 2014, 665; voir Arezzo 2014, 545-546 (exprimant les craintes mentionnées dans le texte).

68) Voir Arezzo 2014, 545-546.

### Restrictions contractuelles

La situation ne permet pas d'établir clairement si le lien permet d'accéder aux contenus sur des sites librement accessibles qui imposent des conditions restrictives (ou « restrictions légales »)<sup>69</sup>. L'arrêt *Svensson* ouvre la porte aux théories de licence implicite dans la mesure où il considère que la mise à disposition d'œuvres sans conditions techniques ou contractuelles équivaut à donner carte blanche aux poseurs de liens. Cependant, rien n'est mentionné sur les cas où, par exemple, le titulaire du droit de l'œuvre ciblée par le lien place ultérieurement un avis sur la page web interdisant tout lien incorporé donnant accès à ce contenu, sans enlever l'œuvre elle-même ou mettre en place des restrictions techniques<sup>70</sup>.

### Contenus non autorisés

Que se passe-t-il si le lien donne accès sur un site A à une copie non autorisée d'un film que le détenteur de droits a rendu librement accessible sur un site B ? Headdon répond en mettant l'accent sur la notion d'œuvre, plutôt que sur le *public*. Il fait valoir que cet acte constitue une infraction, car la copie n'est pas autorisée, le droit de communication au public n'est pas épuisé, et l'hyperlien équivaut à une communication à un public nouveau puisqu'il donne accès à une copie différente<sup>71</sup>. En revanche, Savola soutient que la légalité du lien vers ce contenu ne doit pas dépendre de l'autorisation du titulaire du droit, ni de la légalité de la source, car ces éléments ne sont généralement pas connus du poseur de liens<sup>72</sup>. Par conséquent, il est préférable de juger l'infraction sur la base d'une responsabilité secondaire (et non pas stricte)<sup>73</sup>. A cette fin, il convient tout d'abord de déterminer si la reproduction et la mise à disposition de l'œuvre sur le site tiers constituent une infraction au droit d'auteur et, si tel est le cas, de déterminer si l'acte de placer un lien vers le site de la tierce partie peut donner lieu à une responsabilité secondaire. Les arguments contradictoires soulignent l'incertitude entourant ce scénario de lien, allant jusqu'à envisager l'imposition de restrictions techniques sur le contenu à l'origine librement accessible<sup>74</sup>. Mais quelle que soit l'issue, les titulaires de droits devraient avoir des possibilités de recours dans le cadre de ce scénario.

### Concurrence déloyale

Certains auteurs suggèrent que les actes mettant en place des liens qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur (par exemple, certains cas de cadrage) pourraient être déjoués sur le terrain du plagiat (au Royaume-Uni) ou de la concurrence déloyale (dans d'autres pays de l'UE)<sup>75</sup>. Cela permettrait aux titulaires de droits d'avoir un niveau de protection supplémentaire par le biais du droit de la responsabilité délictuelle mettant en cause la responsabilité civile des « poseurs de liens ».

Il n'y a pas, dans l'UE, de règles harmonisées sur la concurrence déloyale applicables aux actes interentreprises (*business-to-business*), tels que la mise en place d'un lien vers des contenus tiers. En fait, l'harmonisation du droit en matière de concurrence déloyale n'est effective que dans certains domaines spécifiques, tels que certains conflits de règles juridiques sur les obligations non contractuelles<sup>76</sup>, la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales<sup>77</sup> et

69) Moir et al. 2014, 400; Headdon 2014, 665.

70) Voir Savola 2014 (*EIPR*), 282-283, exposant que l'arrêt *Svensson* n'interdit pas la mise en place de liens dans ce scénario. Voir également Arezzo 2014, 541-542.

71) Voir Headdon 2014, 665, faisant référence à l'article 3 et au considérant 29 de la directive InfoSoc.

72) Savola *EIPR*, 282-283.

73) Ibid. Voir également Arezzo 2014, 545 et suivantes.

74) Pour une contribution à ce débat, voir Arezzo 2014, 545-547.

75) Voir Moir et al. 2014, 400; Arezzo 2014, 527.

76) Voir art. 6 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

77) Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

la protection des professionnels contre la publicité comparative trompeuse et illégale<sup>78</sup>. L'application du droit de la responsabilité délictuelle à la mise en place d'un lien nécessiterait donc une analyse de chaque cas de figure sur la base de la législation nationale, ce qui sort du cadre du présent article. Toutefois, les exemples suivants peuvent illustrer ce point.

Au Royaume-Uni, certains actes spécifiques de cadrage peuvent être assimilés au plagiat (*passing-off*) dès lors qu'ils provoquent la confusion des consommateurs sur le marché. Cette disposition protège donc les commerçants contre le comportement déloyal des concurrents. Sur cette base, la bonne foi du fournisseur de contenus originaux est protégée contre les représentations trompeuses des plateformes de liens qui trompent le public quant à l'origine ou la qualité des produits/services. En Allemagne, en revanche, la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (loi contre la concurrence déloyale - UWG) comporte un délit général de concurrence déloyale visé à l'article 3, qui peut être invoqué pour interdire la mise en place de liens susceptible d'affecter de manière significative les intérêts des concurrents, des consommateurs ou d'autres acteurs du marché. Au-delà de la confusion quant à l'origine du contenu affiché, les techniques de liens (par exemple, les liens profonds) qui contournent les restrictions d'accès et/ou ciblent directement des pages secondaires sans passer par les publicités de la page d'accueil, provoquant ainsi une perte de revenus<sup>79</sup> peuvent occasionner un préjudice économique donnant lieu à un délit de concurrence déloyale. En somme, même si la violation du droit d'auteur n'est pas établie, les délits de concurrence déloyale *pourraient* fournir aux titulaires de droits les outils pour se défendre contre la mise en place de liens non autorisés.

#### IV. Retransmission par câble : une forme de communication au public en voie de disparition ?

La question de l'interaction entre le régime général du droit de communication au public de la directive InfoSoc et le régime spécial du droit de rémunération de la directive Satellite-Câble pour la retransmission par câble n'est traitée brièvement que dans l'affaire *ITV Broadcasting*<sup>80</sup>. Toutefois, étant donné que l'affaire portait principalement sur les flux en direct, à propos desquels TV Catchup assurait que ceux qui utilisent ses services peuvent uniquement accéder aux contenus qu'ils ont légalement le droit de regarder au Royaume-Uni au titre de leur licence de télévision, il n'y avait pas lieu, pour la Cour, de discuter de l'impact des changements technologiques sur le fonctionnement des services de retransmission par câble et sur la nécessité pour les câblodistributeurs d'obtenir une autorisation pour ce type d'activité.

Il convient de rappeler que, conformément à l'article 1, paragraphe 3 de la directive Satellite-Câble, la « retransmission par câble » désigne « la retransmission simultanée, inchangée et intégrale par câble ou par un système de diffusion par ondes ultracourtes pour la réception par le public d'une transmission initiale à partir d'un autre Etat membre, sans fil ou avec fil, notamment par satellite, d'émissions de télévision ou de radio destinées à être captées par le public. » A ce titre, la retransmission par câble implique la « re-diffusion » de programmes diffusés préalablement par une autre entité. Les entités de retransmission par câble « captent » les signaux de radiodiffusion afin d'atteindre leur propre public, distinct, différent de celui de la communication « primaire », transmission qui doit être destinée à la réception par le public et peut se produire avec ou sans fil. La retransmission par câble peut donc être considérée comme un acte de communication au public « secondaire<sup>81</sup> ». Sur la base de l'article 9, paragraphe 1 de la directive Satellite-Câble, cet acte de transmission « secondaire » est soumis à une gestion collective obligatoire.

78) Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 concernant la publicité trompeuse et comparative (version codifiée).

79) *Arezzo* 2014, 427.

80) CJUE, 7 mars 2013, affaire C-607/11 (*ITV Broadcasting/TV Catchup*).

81) *Hugenholtz* 2009, p. 12.

Le passage progressif de la télévision analogique à la télévision numérique au cours de la première décennie du nouveau millénaire s'est achevé en 2012<sup>82</sup>. Désormais, les sociétés de radiodiffusion ne fournissent plus directement leurs contenus aux téléspectateurs via la télévision analogique terrestre. Dans un certain nombre d'Etats membres, les téléspectateurs peuvent désormais recevoir les programmes indirectement par l'intermédiaire de distributeurs - par exemple via une passerelle de médias, la télévision numérique terrestre (TNT) ou le câble, le téléphone et les sociétés de télévision par satellite, avec qui les téléspectateurs ont une relation contractuelle<sup>83</sup>. La réception des programmes via une passerelle de médias est considérée comme une « injection directe ». Etant donné qu'il n'y a plus de retransmission de signaux initialement diffusés par d'autres entités, dans certains Etats membres, les radiodiffuseurs et les câblodistributeurs font valoir qu'ils ne pratiquent plus une communication « secondaire », mais « primaire ». Par conséquent, en vertu de cet argument, les règles de la directive Satellite-Câble concernant la gestion collective obligatoire ne sont pas applicables.

Dès 2007, un conflit long et complexe a eu lieu sur cette question aux Pays-Bas entre Norma, l'OGC chargée de l'administration des droits des artistes-interprètes néerlandais, et l'Association des câblo-opérateurs néerlandais. La Cour suprême néerlandaise a rendu sa décision le 28 mars 2014<sup>84</sup>. La Cour devait répondre à deux questions : les activités des câblo-opérateurs peuvent-elles être qualifiées d'acte de communication au public et si oui, qui, du producteur de programmes télévisés ou de l'OGC, détient les droits ? »

La Cour suprême néerlandaise a appliqué les critères de l'article 3 de la directive Satellite-Câble et en a conclu que, puisque que la distribution des signaux porteurs de programmes par des radiodiffuseurs via une connexion accessible individuellement entre les radiodiffuseurs et les câblodistributeurs n'atteint pas le grand public, il n'y a pas de communication au public. A cet égard, deux aspects essentiels de cet arrêt méritent d'être mentionnés :

1. La distribution par câble de programmes télévisés telle qu'elle se déroule actuellement aux Pays-Bas n'est, en effet, plus une « retransmission par câble » au sens de la directive Satellite-Câble, car elle n'est plus précédée d'une « transmission initiale ... destinée à la réception par le public ». Depuis 2006, les câblo-opérateurs reçoivent le signal directement par une transmission individuelle de la « MediaGateway » (passerelle de médias) sur laquelle les diffuseurs les mettent à leur disposition. Par conséquent, la gestion collective obligatoire des droits de retransmission par câble prévue par l'article 9 de la directive Satellite-Câble ne s'applique plus, pas plus que la règle de l'article 9, paragraphe 2 selon laquelle les sociétés de gestion compétentes ont un mandat pour représenter les non-adhérents<sup>85</sup>.
2. Dans cette affaire, le transfert par les artistes-interprètes individuels de tous les droits relatifs à leurs performances passées et futures à la société de gestion compétente n'était pas assez précis et, partant, non valide en vertu du droit civil néerlandais.

Le cas néerlandais n'est pas unique en Europe ; des litiges similaires ont eu lieu entre les câblodistributeurs et les organismes de gestion collective en Norvège et en Belgique. En Norvège, le tribunal de district d'Oslo est parvenu à une conclusion similaire à celle de la Cour suprême néerlandaise. Cela s'est produit à deux reprises, dans des affaires impliquant l'OGC Norwaco contre les câblodistributeurs<sup>86</sup>. Comme aux Pays-Bas, le tribunal d'Oslo a statué en faveur des câblo-opérateurs au motif que l'absence de transmission initiale signifiait qu'il n'y avait pas de retransmission au sens de la directive Satellite-Câble, et que, de ce fait, aucune rémunération n'était due.

---

82) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 24 mai 2005, concernant l'accélération de la transition de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique [COM (2005) 204 final.

83) EU Law Radar, « Affaire C-325/14, SBS Belgium – broadcasting via third parties », disponible sur : <http://eulawradar.com/case-c-32514-sbs-belgium-broadcasting-via-third-parties/>

84) Cour suprême néerlandaise 28 mars 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, (*Norma/NL Kabel*).

85) Ibid. points 4.2.3.

86) Tribunal de district d'Oslo, 30 mai 2013, (*Rikstv AS/Norwaco*) ; tribunal de district d'Oslo, 31 décembre 2013 (*Get AS/Norwaco*).

En juillet de cette année, la Cour d'appel de Bruxelles a saisi la CJUE d'une demande de décision préjudicielle très similaire :

*Un organisme de radiodiffusion qui émet ses programmes exclusivement par la technique de l'injection directe, c'est-à-dire selon un processus en deux étapes où l'organisme fournit ses signaux porteurs de programmes de manière codée par satellite, par une liaison optique ou par tout autre moyen de transmission aux distributeurs (fournisseurs de bouquets satellitaires, sociétés de télé-distribution par câble ou par lignes xDSL) sans que les signaux soient accessibles au public au cours ou à l'occasion de cette fourniture et où les distributeurs envoient ensuite les signaux à leurs abonnés afin que ceux-ci puissent regarder lesdits programmes, accomplit-il un acte de communication au public au sens de l'article 3 de la directive InfoSoc<sup>87</sup> ?*

On peut espérer que cette demande de décision préjudicielle de la CJUE contribuera à déterminer si les activités des câblo-opérateurs doivent être qualifiées de retransmission par câble en vertu de la directive Satellite-Câble ou d'acte de communication au public en vertu de la directive InfoSoc. Mais, malheureusement, cela ne permettra pas de clarifier la question cruciale du rôle que joueront les OGC à l'avenir dans la gestion des droits de diffusion, sans parler de la question de savoir à qui, du producteur ou de l'OGC, seront transférés les droits des auteurs ou des artistes-interprètes.

## V. Conclusion

La définition de la notion de « communication au public » dans le droit d'auteur est essentielle pour déterminer la portée du droit exclusif de l'ayant-droit, avec possibilité consécutive de céder ce droit sous licence à des tiers et de bloquer les utilisations non autorisées. Mais, comme le montre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la définition de ce qui constitue un acte de communication au public n'est pas une tâche facile. Au fil des ans et des affaires dont elle a été saisie, la Cour a développé plusieurs critères qui doivent intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte de communication peut être qualifié, en vertu de l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc, d'acte de communication au public pour lequel l'autorisation des ayants droit est requise. On peut espérer que ces critères permettront d'évaluer les situations qui se présenteront, à l'avenir, du fait de l'évolution technologique.

Le premier critère concerne l'identité de la personne utilisant un moyen de communication, c'est-à-dire qu'il vise à déterminer si l'utilisateur intervient dans le processus de communication d'une œuvre au public. Comme l'a proposé la CJUE dans l'affaire *ITV Broadcasting*, le recours à un « mode technique spécifique et indépendant de mise à disposition du public<sup>88</sup> » constitue un critère nouveau et alternatif pour déterminer si des actes de communication entrent dans le champ d'application du droit exclusif.

Le deuxième critère est la définition du public, que la CJUE conçoit de façon constante comme un nombre indéterminé et assez important de bénéficiaires potentiels.

Le troisième critère porte sur l'aspect « nouveau » du public, c'est-à-dire qu'il vise à établir si la communication atteint un « public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public. »

87) C-325/14, demande déposée le 29 août 2014 (*SBS Belgium/SABAM*).

88) *Leistner* 2014, 569-572.

Enfin, la quatrième condition, même si elle est de moindre importance depuis l'arrêt *Svensson*, consiste à savoir si l'acte de communication poursuit un but lucratif.

Dès 2009, l'avenir du régime aménagé par la directive Satellite-Câble pour la retransmission par câble s'annonçait très sombre<sup>89</sup>, essentiellement en raison des changements apportés par la technologie numérique sur la façon dont les câblodistributeurs communiquent les œuvres au public. Cinq ans plus tard, au vu de la jurisprudence aux Pays-Bas, en Norvège et en Belgique, ainsi que sur la base des critères établis par la CJUE en lien avec la notion de « communication au public », le sort du régime de la retransmission par câble semble plus sombre que jamais.

La technologie évolue, de nouvelles formes d'exploitation émergent, tandis que d'autres formes plus anciennes deviennent obsolètes. Avec l'émergence de nouveaux modes d'exploitation permettant d'atteindre un public « nouveau », les ayants droit peuvent espérer recevoir une rémunération provenant de nouvelles sources. Mais tandis que la retransmission par câble des œuvres audiovisuelles s'efface pour devenir un moyen secondaire de communication des œuvres au public, des questions majeures apparaissent : la communication par un opérateur de câble via une « injection directe » constitue-t-elle un acte de communication à un public « nouveau », ou bien relève-t-elle d'un autre acte « primaire » préexistant de communication au public ? Le câblo-opérateur est-il tenu d'obtenir une autorisation distincte et de verser une rémunération supplémentaire pour de tels actes ? Si oui, auprès de qui le câblo-opérateur doit-il obtenir l'autorisation : du producteur de l'œuvre audiovisuelle ou de l'OGC ? Quel sera l'impact sur la rémunération des auteurs ? Tandis que le paysage technologique évolue, les auteurs risquent de perdre au change : ils pourraient perdre le bénéfice d'un droit inaliénable de rémunération pour les actes de la retransmission par câble, en échange d'un droit exclusif de communication au public qui peut s'avérer difficile à appliquer dans la pratique.

---

89) Hugenholtz 2009, p. 12.

## Jurisprudence récente

Outre l'affaire Svensson exposée dans l'article de fond de ce numéro d'IRIS *plus*, deux arrêts importants ont été rendus en 2014 par la CJUE : dans l'affaire ACI Adam/Stichting de ThuisKopie, la Cour établit que l'exception de copie privée ne peut pas couvrir les reproductions effectuées à partir de sources illégales ; dans l'affaire UPC Telekabel Wien, la Cour détermine des critères garantissant la légitimité des ordonnances de blocage des sites qui donnent accès à du matériel illicite.

En ce qui concerne les juridictions nationales, 2014 semble avoir été l'année des questions de responsabilité. La cour d'appel de Madrid établit que le développement de logiciels P2P ne constitue pas « en soi » une violation des DPI, dans la mesure où les développeurs P2P ne peuvent pas être qualifiés d'intermédiaires dans le cadre de la directive e-commerce. Toujours dans le domaine du partage de fichiers, la Cour fédérale de justice allemande parvient également au verdict « non coupable », mais pour ce qui est des parents en cas de violation du droit d'auteur commise par des adolescents sans que les parents ne soient au courant.

Des infractions ont toutefois été établies dans deux arrêts néerlandais. Le premier, rendu par le tribunal de district d'Amsterdam, concerne le cas des câblo-opérateurs qui distribuent des programmes de télévision sans l'autorisation des ayants droit. Cette décision reconnaît l'autorité de l'organisme de gestion collective des droits pour représenter les auteurs. Le deuxième arrêt émane de la cour d'appel de La Haye. L'affaire posait la question de savoir si une injonction était compatible avec la liberté d'entreprendre et le principe de proportionnalité. Sur cette base, la cour a annulé une première ordonnance de blocage de l'accès à Pirate Bay par les abonnés de deux FAI néerlandais.

## UNION EUROPÉENNE

### Cour de justice de l'Union européenne

#### **Le téléchargement à partir d'une source illicite n'est pas soumis au paiement de la redevance pour copie privée**

*Alexander de Leeuw  
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 10 avril 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu son avis dans l'affaire C-435/12 (ACI Adam/Stichting de ThuisKopie). Il revenait à la Cour de déterminer si des reproductions réalisées à partir de sources illicites relevaient de l'exception pour copie privée prévue par la Directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur. L'avocat général, M. Cruz Villalón, a estimé que les reproductions réalisées à partir de sources illicites ne relevaient pas du champ d'application de l'exception pour copie privée (voir IRIS 2014-3/3). La Cour de justice de l'Union européenne s'est rangée à son avis et a déclaré que l'exception pour copie privée ne pouvait s'appliquer aux reproductions réalisées à partir de sources illicites et que, par conséquent, la redevance ne pouvait être calculée sur la base de ces reproductions illicites.

Le raisonnement de la Cour s'est pour l'essentiel conformé à l'avis de l'avocat général, à une différence notable près, puisque la Cour a mis davantage l'accent sur le fait que le marché intérieur pourrait être influencé négativement si les Etats membres étaient autorisés à englober les reproductions réalisées à partir de sources illicites dans l'exception pour copie privée. La Cour a par ailleurs fondé sa décision sur le principe de la stricte interprétation et application du « test des trois étapes » énoncé par la directive sur le droit d'auteur. L'issue de l'affaire reste identique à la conclusion rendue par l'avocat général.

Aux Pays-Bas, pays dans lequel se déroule l'affaire, cette décision revêt dans la pratique deux importantes conséquences : les personnes qui téléchargent à partir de sources illicites sont désormais assimilées à des contrevenants au droit d'auteur et la méthode de calcul de la redevance pour copie privée doit être modifiée dans ce sens. S'agissant de la première question, le Gouvernement néerlandais a déclaré qu'il n'entendait pas poursuivre pénalement les particuliers. De même, Stichting Brein, une organisation néerlandaise de lutte contre le piratage, a indiqué sur son site web qu'elle ne modifierait pas sa politique de contrôle du respect de la réglementation pour y intégrer des mesures répressives à l'encontre des particuliers. Les titulaires de droits conservent cependant la possibilité d'engager des poursuites contre les particuliers qui téléchargent les œuvres concernées par ces droits.

Selon le Gouvernement néerlandais, il n'est pas nécessaire d'apporter des modifications à la loi néerlandaise relative au droit d'auteur, dans la mesure où le libellé de l'article en question est suffisamment vaste et qu'il souscrit à l'interprétation retenue par la Cour de justice de l'Union européenne. Le Gouvernement néerlandais a déclaré que la décision de la Cour de justice entrerait immédiatement en vigueur. Il reste cependant à Stichting Onderhandeligen ThuisKopievergoeding, l'organisation qui fixe la redevance pour la copie privée aux Pays-Bas, à élaborer une nouvelle méthode de calcul. D'ici là, l'ancienne méthode de calcul sera utilisée, ce qui signifie donc que pour l'heure, la redevance pour copie privée continue à prendre en compte les reproductions réalisées à partir de sources illicites. La nouvelle méthode de calcul devrait être mise en place au cours de l'été 2014.

- Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (quatrième section), ACI Adam et autres c. Stichting de ThuisKopie et Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding, Affaire C-435/12, 10 avril 2014  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=17079>

## Avocat général

### La redevance pour copie privée ne s'applique pas aux téléchargements à partir de sources illicites

Alexander de Leeuw  
Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

Dans son avis du 9 janvier 2014 rendu dans l'affaire C-435/12, l'avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) examine si des reproductions réalisées à partir de sources illicites relèvent de l'exception de copie privée visée à la Directive 2001/29/CE (directive relative au droit d'auteur). L'avocat général a également étudié la question connexe de savoir si le calcul de la redevance pour copie privée sur la base de reproductions réalisées à la fois à partir de sources licites et de sources illicites est conforme à la directive relative au droit d'auteur.

Conformément à l'article 5(2), paragraphe (b), de la directive relative au droit d'auteur, les Etats membres peuvent exclure du cadre de la violation du droit d'auteur une copie privée effectuée à des fins non commerciales par une personne physique. Toutefois, l'application de cette exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits. A la lumière de cette exception, la redevance pour copie privée a été introduite. Cette redevance vise à s'assurer que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable pour la copie privée de leurs œuvres.

La directive relative au droit d'auteur n'établit pas de distinction explicite entre les œuvres provenant d'une source licite et celles provenant d'une source illicite. Ce qui pose la question de savoir si, en résumé, l'article 5 de la directive relative au droit d'auteur couvre la reproduction d'œuvres réalisée à partir d'une source illicite. Une cour d'appel néerlandaise a renvoyé cette question devant la CJUE pour décision préjudicielle. De l'avis de l'avocat général, le fait qu'il ne soit pas établi de distinction explicite entre les sources licites et illicites dans la directive relative au droit d'auteur ne peut laisser entendre que le législateur européen vise à étendre la compensation équitable aux œuvres provenant de sources illicites. Le raisonnement sous-jacent est qu'une telle interprétation serait incompatible avec l'article 5(5) de la directive relative au droit d'auteur, à savoir que les exceptions prévues audit article « ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ».

La Stichting ThuisKopie, la défenderesse dans cette affaire, a fait valoir que la redevance pour copie privée est le seul instrument qui contre efficacement la publication et la diffusion d'œuvres protégées par droit d'auteur réalisées à partir de sources illicites. Elle estime donc que la redevance sur les œuvres provenant de sources illicites contribue effectivement à l'exploitation normale, par opposition à une règle interdisant toute reproduction à partir de sources illicites. A cet égard, l'avocat général souligne que la législation néerlandaise tolère le téléchargement descendant (*downloading*) d'œuvres protégées à partir de sources illicites, et interdit uniquement le téléchargement ascendant (*uploading*) de ces matériaux. L'avocat général estime qu'il s'agit d'une stimulation indirecte pour la distribution en masse d'œuvres protégées à partir de sources illicites. Selon l'avocat général, il serait préférable d'interdire le téléchargement descendant des œuvres protégées, ce qui supprimera la nécessité d'une indemnisation équitable.

L'avocat général conclut que la redevance pour copie privée ne peut pas couvrir la reproduction d'œuvres protégées réalisée à partir de sources illicites. Si elle tombait dans le cadre de l'exception de copie privée, la redevance augmenterait de manière disproportionnée, ce qui entraînerait un risque de déséquilibre entre les droits des titulaires de droits et des utilisateurs de matériaux protégés. L'avocat général estime qu'une redevance pour copie

privée ne peut donc être calculée que sur la base de reproductions réalisées à partir de sources licites.

- Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, 9 janvier 2014  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=16905>

IRIS 2014-3/3

## Cour de justice de l'Union européenne

### Les fournisseurs de services internet peuvent se voir imposer de bloquer l'accès aux sites web qui contiennent des contenus illicites

Alexander de Leeuw  
*Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 27 mars 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu son arrêt dans l'affaire C-314/12, opposant *UPC Telekabel Wien* à *Constantin Film Verleih* et à *Wega Filmproduktionsgesellschaft*. Il revenait à la CJUE de déterminer s'il est licite d'ordonner à un fournisseur de services internet (FSI) de bloquer l'accès de ses abonnés à un site web sur lequel des œuvres cinématographiques protégées par le droit d'auteur sont mises à la disposition du public, sans l'autorisation des titulaires des droits en question.

*Constantin Film* et *Wega* sont des sociétés de productions cinématographiques qui affirmaient que certains films dont elles détiennent les droits d'auteurs et les droits voisins étaient disponibles en téléchargement ou en « streaming » (diffusion directe) sur un site web sans leur consentement. Le tribunal de commerce de Vienne avait rendu une ordonnance interdisant à UPC de fournir à ses clients l'accès au site en question. Cette ordonnance « devant être notamment réalisée en bloquant le nom de domaine et l'adresse IP (« Internet Protocol ») actuelle de ce site ainsi que toute autre adresse IP de ce dernier dont [UPC] pourrait avoir connaissance ».

UPC contestait cette décision en soutenant que « ses services ne pouvaient être considérés comme utilisés » pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin au sens de l'article 8(3) de la directive sur le droit d'auteur, exigence impérative pour qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un fournisseur de services internet. UPC soutenait par ailleurs qu'elle n'entretenait aucune relation commerciale avec les exploitants du site internet en question et que rien ne permettait d'établir que ses propres clients avaient commis des actes illicites. Elle affirmait en outre que les mesures de blocage sont excessivement coûteuses et qu'elles peuvent de surcroît être techniquement contournées.

En résumé, la Cour suprême autrichienne a posé quatre questions préjudicielles à la CJUE, dont deux sont particulièrement importantes. Elle a tout d'abord demandé à quel moment une personne était réputée « utiliser les services d'un intermédiaire » au sens de l'article 8(3) de la directive sur le droit d'auteur. La Cour suprême autrichienne a ensuite demandé s'il était conforme au droit de l'Union d'accorder une ordonnance visant à bloquer l'accès à un site web dans des termes généraux, compte tenu de la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées.

La Cour de justice de l'Union européenne a tout d'abord observé que les intermédiaires sont souvent les mieux placés pour mettre fin à ces atteintes. Elle a par ailleurs déclaré que

les fournisseurs de services internet sont les acteurs incontournables de toute transmission de contenu illicite sur internet ; en effet, sans un accès au réseau, la transmission de ce contenu illicite serait impossible. La directive sur le droit d'auteur ne comporte aucune indication sur la nécessité de l'existence d'une relation commerciale spécifique entre l'auteur de l'infraction et l'intermédiaire. Une telle exigence serait même contraire à l'objectif poursuivi par cette directive, puisqu'elle réduirait la protection juridique reconnue aux titulaires de droits. La Cour a également estimé qu'il était inutile de démontrer que les clients d'un fournisseur de services internet avaient effectivement accédé à un contenu illicite. Par conséquent, dès lors qu'un contenu illicite est mis à la disposition du public sur un site web, la personne ayant mis ce contenu à disposition sur le site a utilisé les services d'un fournisseur de services internet.

Lors de l'examen de la deuxième question, la Cour rappelle que, dans tous les cas, il importe de trouver un juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables et les principes du droit de l'Union européenne. En l'espèce, les droits fondamentaux concernés sont les droits de propriété intellectuelle, la liberté d'entreprise et la liberté d'information des internautes, ainsi qu'un important principe de l'UE, à savoir le principe de proportionnalité. Même si l'injonction faite à un fournisseur de services internet de bloquer l'accès à un site web restreint sa liberté d'entreprise, la Cour précise que cette mesure « n'apparaît pas porter atteinte à la substance même » de cette liberté.

Une injonction générale d'interdire l'accès à un site web laisse au fournisseur de services internet la liberté de déterminer les mesures concrètes à prendre qui lui paraissent compatibles avec l'exercice de son activité. Dans ces circonstances, les droits de propriété intellectuelle semblent par conséquent l'emporter sur la liberté d'entreprise. Cependant, en définissant ces mesures, le fournisseur de services internet doit veiller à respecter le droit fondamental à l'information de ses abonnés. Les mesures prises doivent être « strictement ciblées », c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas restreindre la possibilité d'accéder de manière licite à l'information disponible.

La Cour reconnaît en outre que les mesures de blocage pourraient ne pas mettre complètement fin à ces atteintes. Elle estime cependant qu'il suffit que ces mesures « aient pour effet de [les] empêcher ou, au moins, de [les] rendre difficilement réalisables [...] ». A cet égard, il est intéressant d'examiner l'affaire néerlandaise XS4ALL (voir IRIS 2014-3/37), dans laquelle une juridiction d'appel néerlandaise a conclu que les fournisseurs de services internet concernés n'étaient pas tenus de bloquer l'accès au site *The Pirate Bay*, compte tenu des droits fondamentaux contraires en cause. Les mesures de blocages avaient été inefficaces et disproportionnées.

Par conséquent, les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union européenne ne s'opposent pas à une ordonnance du tribunal qui interdit à un fournisseur de services internet de permettre à ses clients d'accéder à un site web sur lequel un contenu illicite est mis à disposition, lorsque les mesures à prendre par le fournisseur de services internet ne sont pas précisées. Il n'est par ailleurs pas exigé que les mesures en question aboutissent à un arrêt total de ces atteintes.

- *UPC Telekabel c. Constantin Film Verleih*, Cour de justice de l'Union européenne, affaire n° C-314/12 <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=17015>

IRIS 2014-5/2

## NATIONAL

### Allemagne

#### Le BGH réfute la responsabilité secondaire des parents dans le partage de fichiers commis par des enfants majeurs

Tobias Raab

*Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles*

Dans une décision du 8 janvier 2014 (affaire I ZR 1169-1112), la première chambre civile du *Bundesgerichtshof* (cour fédérale de justice - BGH) établit que les parents ne sont pas responsables des violations du droit d'auteur commises par leurs enfants adultes, s'ils n'en ont pas concrètement connaissance.

Les ayants droit, quatre grands producteurs allemands de phonogrammes, étaient à l'origine d'une action en justice contre la défenderesse. L'objet de la requête était la mise à disposition, en 2006, de près de 3 750 fichiers musicaux par un internaute, âgé à l'époque de 20 ans, sur des sites de partage de fichiers. Après une mise en demeure, les ayants droit avaient réclamé au beau-père de cette personne des frais juridiques et de mise en demeure d'un montant de 3 500 EUR au motif qu'il avait manqué à son devoir de contrôle à l'encontre de son beau-fils.

Les instances précédentes, le *Landgericht* (tribunal régional) de Cologne (jugement du 24 novembre 2010-28 O 202/10) comme l'*Oberlandesgericht* (tribunal régional supérieur) de Cologne (arrêt du 22 Juillet 2011-6 U 208/10), avaient fait droit à la requête des ayants droit, estimant que les parents sont investis d'une devoir de contrôle et d'information à l'égard des membres adultes de la famille même s'ils ne sont pas en mesure de savoir que des violations du droit d'auteur ont été ou seront commises.

Le BGH a infirmé cette jurisprudence. Les obligations mentionnées ne peuvent s'appliquer au titulaire de la connexion que s'il avait concrètement connaissance d'une violation imminente de la loi par un membre adulte de sa famille, par exemple, après réception d'un avertissement. Une obligation fondamentale de contrôle et d'information qui ne peut se baser sur des indices concrets est incompatible avec la relation de confiance particulière existant entre les membres d'une famille. Par ailleurs, la responsabilité individuelle des personnes majeures implique qu'une connexion internet peut leur être confiée sans obligation de contrôle ou d'information.

- *Pressemitteilung des Gerichtshofs Nr. 5/2014* (Communiqué de presse de la cour de justice n° 5/2014)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=16918>

IRIS 2014-3/13

## Espagne

### Proposer une technologie P2P de pointe ne constitue pas une atteinte aux droits de propriété intellectuelle

*Cristina Cullerl-March  
SMIT-iMinds*

Le 8 avril 2014, la Cour d'appel de Madrid a conclu qu'un développeur espagnol de logiciels ne pouvait être tenu responsable d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle (DPI). Elle estime en effet que le développement d'un logiciel de partage de fichiers (P2P) est parfaitement légal et ne constitue en aucun cas une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. La Cour précise notamment que les protocoles de partage de fichiers sont des outils destinés à connecter des dispositifs informatiques et à permettre aux utilisateurs de partager des contenus stockés sur leur propre ordinateur. Un logiciel P2P permet ainsi une communication directe et décentralisée entre utilisateurs et les développeurs des logiciels en question n'interfèrent en aucune manière dans ce processus de communication puisque le partage de fichiers s'opère exclusivement entre les dispositifs des utilisateurs.

La Cour régionale espagnole considère par conséquent que le développement de logiciels P2P ne suppose pas en soi une violation des DPI, dans la mesure où ces logiciels sont conçus pour connecter des dispositifs entre eux et permettre le partage de fichiers. Le développement de logiciels P2P ne connecte pas les utilisateurs sur un réseau et ne transmet ou ne stocke pas de données, ce qui suffit à démontrer que les développeurs de logiciels P2P ne peuvent être considérés comme des intermédiaires et ne sont pas davantage juridiquement responsables d'une violation des droits de propriété intellectuelle.

En vertu du droit espagnol, le partage de fichiers protégés par le droit d'auteur constitue une infraction et ce type de partage est bien entendu illicite en Espagne. Le partage de fichiers protégés par le droit d'auteur relève par conséquent de la responsabilité des utilisateurs et cette responsabilité ne saurait s'étendre aux développeurs de logiciels P2P, puisque leurs logiciels permettent uniquement une interconnexion matérielle, sans reproduction des fichiers concernés ou leur mise à disposition pour une utilisation illicite.

Contrairement à d'autres juridictions nationales, comme aux Etats-Unis, la Cour d'appel espagnole ne tient pas davantage compte, en matière d'infraction aux droits de propriété intellectuelle, d'une « responsabilité partagée » ou d'une « responsabilité du fait d'autrui » relative au fait de développer des logiciels de partage de fichiers. La Cour estime qu'en l'espèce, une « responsabilité partagée » ne peut s'appliquer dans la mesure où le développeur du logiciel en question n'a pas incité à enfreindre les droits de propriété intellectuelle ; de plus, les sites [www.bluster.com](http://www.bluster.com), [www.piolet.com](http://www.piolet.com) et [www.manolito.com](http://www.manolito.com) indiquent clairement sur leurs pages la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle. De même, la « responsabilité du fait d'autrui » ne peut être invoquée en l'espèce puisque les développeurs de logiciels ne perçoivent aucun avantage économique en cas de partage de fichiers illicites et, plus important encore, ils ne cherchent en aucune manière à profiter financièrement ou commercialement du partage en question.

- *Sentencia num. 103/2014, Audiencia Provincial Civil de Madrid, 8 Abril 2014* (Décision n° 103/2014 de la Cour d'appel de Madrid, 8 avril 2014)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=17061>

IRIS 2014-6/15

## Pays-Bas

### Diffusion de programmes par les câblodistributeurs sans l'autorisation des titulaires des droits concernés

*Youssef Fouad*

*Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 27 août 2014, le tribunal d'instance d'Amsterdam a rendu son jugement dans l'affaire dont il avait été saisi par la LIRA (une société de gestion collective des droits d'auteurs), contre trois câblodistributeurs pour violation du droit d'auteur. La LIRA affirmait que les câblodistributeurs UPC, Zeelandnet et Ziggo proposaient à leurs abonnés des contenus portant atteinte aux droits des auteurs qu'elle représentait. En octobre 2012, ces câblodistributeurs avaient cessé de s'acquitter auprès de la LIRA des droits relatifs aux contenus qu'ils proposaient à leurs abonnés.

Les câblodistributeurs avaient soutenu devant le tribunal d'instance que les auteurs en question ne pouvaient transférer leurs droits d'auteur à la LIRA et que, par conséquent, la LIRA n'était pas habilitée à les représenter devant un tribunal. Leur argumentation reposait sur l'article 45d de la loi néerlandaise relative au droit d'auteur, qui prévoit la présomption de transfert du droit d'auteur des auteurs d'œuvres audiovisuelles aux producteurs cinématographiques. Les câblodistributeurs considéraient en effet que les auteurs ne disposaient plus du droit d'auteur pour les œuvres en question dans la mesure où ces droits avaient a priori été transférés aux producteurs cinématographiques.

Le tribunal a cependant estimé que l'article 45d de la loi néerlandaise relative au droit d'auteur n'interdisait pas aux auteurs de transférer leurs droits à la LIRA. Cette présomption de transfert des droits d'auteur en question au producteur cinématographique prend place dès lors que le producteur estime que l'œuvre audiovisuelle concernée est prête à être diffusée. Ce transfert du droit d'auteur des œuvres audiovisuelles actuelles et à venir par les auteurs est par conséquent juridiquement valable et, à ce titre, la LIRA peut donc prétendre au versement des droits dus pour le compte des auteurs.

Deuxièmement, les câblodistributeurs ont estimé que ce transfert du droit d'auteur des œuvres à venir n'était pas conforme aux exigences prévues à l'article 3.84 (2) du Code civil néerlandais, qui prévoit que le droit d'auteur concerné doit être suffisamment précis pour faire l'objet d'un transfert.

Le juge a conclu que le contrat de transfert des droits d'auteur par les auteurs d'œuvres à la LIRA précisait suffisamment le champ d'application matériel des droits d'auteur. L'exigence prévue par l'article 3.84 (2) du Code civil néerlandais avait bien été respectée et le transfert des droits d'auteur concernés était par conséquent parfaitement admissible.

Les sociétés du câble ont par ailleurs soutenu que le contrat conclu pour le transfert des droits d'auteur à la LIRA prévoyait le droit à la première publication du contenu. Après avoir examiné le contrat en question, le juge a conclu qu'il comportait en effet le transfert du droit à la première publication du contenu.

Le juge a finalement statué en faveur de la LIRA et a déclaré que les câblodistributeurs avaient porté atteinte aux droits d'auteurs acquis par la LIRA en offrant à leurs abonnés des contenus sans avoir obtenu le consentement, pourtant exigé, des titulaires de ces droits. Les câblodistributeurs en question ont par conséquent été condamnés à cesser la distribution des contenus litigieux et à s'acquitter d'une amende pour non-respect de la législation applicable en la matière.

- *Rechtbank Amsterdam, 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397* (Jugement du tribunal d'instance d'Amsterdam, 27 août 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397) <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=17211>

## Pays-Bas

### Les fournisseurs d'accès internet XS4ALL et Ziggo ne sont pas tenus de bloquer l'accès au site The Pirate Bay

Denise van Schie  
*Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

Le 28 janvier 2014, la cour d'appel de La Haye a considéré que les fournisseurs d'accès internet, XS4ALL et Ziggo, ne sont pas tenus de bloquer l'accès de leurs abonnés au site The Pirate Bay.

La BREIN, association néerlandaise pour la protection des droits de l'industrie du divertissement, a demandé au tribunal de première instance de prononcer une injonction visant à empêcher les abonnés à XS4ALL et à Ziggo d'accéder au site The Pirate Bay. Ladite injonction visait à faire cesser les violations du droit d'auteur, sur la base de l'article 26d de la loi relative au droit d'auteur et de l'article 15e de la loi relative aux droits voisins. En vertu de ces articles, un tribunal peut émettre une injonction pour empêcher des violations du droit d'auteur et d'autres droits commises par les services d'intermédiaires, en ordonnant aux intermédiaires de fermer les services utilisés pour commettre lesdites violations. Le 11 janvier 2012, le tribunal de première instance de La Haye a jugé qu'une grande partie des abonnés de XS4ALL et de Ziggo avait commis une violation du droit d'auteur en téléchargeant des œuvres protégées sur le site The Pirate Bay, sans l'accord du titulaire du droit d'auteur. Le tribunal de première instance a rendu une ordonnance visant à empêcher les abonnés des deux FAI d'accéder au site The Pirate Bay.

L'arrêt de la cour d'appel a infirmé le jugement du tribunal de première instance. La cour estime que le nombre de personnes qui téléchargent illégalement a augmenté, malgré le blocage du site web The Pirate Bay et que le blocage de l'accès au site est par conséquent inefficace dans la mesure où il n'a pas empêché les nouveaux arrivants sur le site web de télécharger du contenu à partir d'une source illicite. En outre, elle note que la diminution du nombre de visiteurs sur le site web n'a pas conduit à une réduction significative du nombre de violations du droit d'auteur commises par les abonnés de XS4ALL et de Ziggo. Par conséquent, selon la cour, le blocage du site web The Pirate Bay a été inefficace dans la prévention du téléchargement illicite.

La cour estime également que le blocage du site web affecte la liberté d'entreprise de Ziggo et de XS4ALL. La cour indique que le fait que le blocage soit techniquement très facile à mettre en œuvre et ajoute peu, voire aucun, coût supplémentaire, n'enlève rien à l'incidence du blocage sur la liberté d'entreprise. Le blocage du site web constitue une violation de la liberté des entreprises à agir à leur discrétion et ne remplit pas le but recherché, à savoir la prévention du téléchargement illégal. Par conséquent, la cour conclut que la violation de la liberté d'entreprise n'est pas justifiée en vertu du principe de proportionnalité.

La BREIN a affirmé que XS4ALL et Ziggo ont permis sciemment et structurellement, et donc promu, des violations à grande échelle de la propriété intellectuelle par leurs abonnés en ne bloquant pas l'accès au site web The Pirate Bay comme ordonné par le tribunal de première instance. La cour d'appel considère que cette demande ne repose sur aucun fondement dans la mesure où elle estime que le blocage ordonné est inefficace et disproportionné.

- *Gerechtshof Den Haag, 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88, Ziggo & XS4ALL/BREIN* (Cour d'appel de La Haye, 28 janvier 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88, Ziggo & XS4ALL c. BREIN) <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=16928>

IRIS 2014-3/37

## Etats-Unis

### La Cour suprême interdit le service de télévision en ligne Aereo

*Jonathan Perl  
Locus Telecommunications, Inc.*

Le 25 juin 2014, la Cour suprême a rendu une décision établissant que le service de télévision en ligne Aereo, Inc. (« Aereo ») enfreint la loi sur le droit d'auteur (la « loi ») en permettant à ses abonnés de regarder des émissions de télévision sur internet sans avoir obtenu le consentement des titulaires des droits d'auteur concernés.

La Cour suprême a retenu l'argument des titulaires du droit d'auteur sur les programmes selon lequel Aereo viole leur droit à « exécuter » leurs œuvres « en public » au sens de la loi sur le droit d'auteur. La Cour suprême a expliqué qu'Aereo « exécute » les œuvres au sens de la loi en transmettant les œuvres protégées par droit d'auteur sur son propre équipement et en les stockant dans un entrepôt centralisé hors du domicile de ses utilisateurs.

La défense d'Aereo était centrée autour de l'argument selon lequel elle ne transmet pas les œuvres « au public » au sens de la loi, parce qu'elle envoie uniquement une transmission privée qui est seulement disponible pour l'abonné concerné et crée une copie du programme spécifique à l'abonné. La Cour suprême a rejeté cet argument, estimant que l'entité transmet une performance au public même si elle utilise une ou plusieurs transmissions, aussi longtemps que la performance concerne les mêmes œuvres et que les images et les sons sont simultanément visibles et audibles sur l'ordinateur de l'abonné. Par conséquent, la Cour suprême a expliqué qu'Aereo transmet les œuvres au public en communiquant les mêmes images et sons perceptibles simultanément à un grand nombre de personnes qui ne sont pas liées entre elles et ne se connaissent pas.

- *Judgment of the Supreme Court , American Broadcasting Cos.,Inc.,et al. v. Aereo, Inc., Fka Bamboomlabs, Inc., 25 June 2014* (Arrêt de la Cour suprême, American Broadcasting Cos.,Inc., et al. c. Aereo, Inc.,Fka Bamboomlabs, Inc., 25 juin 2014)  
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=17151>

IRIS 2014-8/37

# L'accès transfrontière aux contenus en ligne : vers la chute du mur ?

*Francisco Javier Cabrera Blázquez & Sophie Valais  
Observatoire européen de l'audiovisuel*

## I. Introduction

Le 12 septembre 2014, lors d'un discours<sup>1</sup> prononcé à l'International Broadcasting Convention (IBC) 2014, Neelie Kroes, vice-présidente sortante de la Commission européenne chargée de la stratégie numérique, a fait état de son rêve « d'un marché ouvert, sans frontières et concurrentiel ». Pour réaliser le rêve de Mme Kroes, il convient d'adopter le marché unique (« notre joyau de la couronne ») et d'éliminer les obstacles : « La technologie a trois longueurs d'avance sur notre cadre juridique ; les restrictions territoriales ne font que dresser des obstacles... [L]es règles actuelles sont une entrave à l'avenir numérique de demain. » Elle a également émis d'instructifs conseils à l'attention de ses successeurs à la Commission européenne : « Ne règlementez ni trop, ni trop vite : sur certains marchés - toujours en évolution et en voie de convergence - il serait prématuré d'agir. Dans d'autres domaines, comme le droit d'auteur, il est plus que temps de faire une réforme. » Pour illustrer la nécessité de cette réforme du droit d'auteur, elle cite un exemple : « Les gens me posent souvent la question suivante : « Pourquoi ne puis-je pas payer pour accéder à mon émission de télé préférée lorsque je suis en voyage ? Ou regarder le match de mon équipe de foot favorite qui joue à domicile ? » Et je ne sais pas quoi leur répondre. » Beaucoup de gens sont bien conscients de la situation. Mais il est plus facile de poser le problème que de trouver une solution. En outre, il n'est pas dit que cette question puisse être simplement résolue par une réforme du droit d'auteur.

La déclaration suivante, empreinte de bon sens, est attribuée à Albert Einstein : « Si j'avais une heure pour résoudre un problème, je passerais 55 minutes à réfléchir au problème et 5 minutes à réfléchir aux solutions. » La Commission européenne s'est, quant à elle, accordé un temps de réflexion qui se chiffre non pas en minutes, mais en années sur le « problème du droit d'auteur ». Le présent article expose les dernières actions menées par la Commission en vue d'une réforme du droit d'auteur actuel, notamment les nouveaux projets de la Commission européenne énoncés par son nouveau président Jean-Claude Juncker.

---

1) Kroes N., « Taking TV and film into the digital age », International Broadcasting Convention (IBC) 2014, Amsterdam, 12 septembre 2014, disponible sur : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-14-594\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-594_en.htm)

## II. Les actions récentes

Dans sa Communication sur le contenu dans le marché unique numérique du 18 décembre 2012<sup>2</sup>, la Commission européenne présente deux lignes d'action parallèles : d'une part, mener à terme l'effort engagé pour revoir et moderniser le cadre législatif du droit d'auteur de l'UE, en vue de décider en 2014 de l'opportunité de présenter des propositions de réforme et, d'autre part, encourager des solutions pratiques à l'initiative de l'industrie à travers le dialogue entre les parties prenantes, « *Des licences pour l'Europe* », sur les questions sur lesquelles des progrès rapides sont jugés nécessaires et possibles.

### 1. Des licences pour l'Europe

La Commission a lancé le dialogue « *Licences for Europe* » entre les parties prenantes en février 2013<sup>3</sup>. Ce dialogue est organisé en quatre groupes de travail thématiques :

- L'accessibilité et la portabilité transfrontières des services : comment favoriser l'accès en ligne transfrontière et la « portabilité » des contenus à travers les frontières en tenant compte des nouveaux développements tels que l'informatique en nuage (« cloud computing ») et l'accès transfrontière légal aux contenus et aux services sauvegardés dans le nuage (« cloud »). Comment fournir des solutions pratiques pour promouvoir l'accès multiterritorial et supprimer les restrictions des ventes transfrontières.
- Les contenus générés par les utilisateurs et l'octroi de « micro-licences » aux petits utilisateurs de matériel protégé : comment promouvoir la transparence et garantir aux utilisateurs finaux une plus grande clarté sur ce qui constitue une utilisation légitime ou non légitime du matériel protégé et un accès plus aisé à des solutions légitimes.
- Les institutions de gestion et de conservation du patrimoine audiovisuel : comment faciliter le dépôt et l'accessibilité en ligne des films dans l'Union européenne, tant à des fins commerciales que pour des utilisations non commerciales à visée culturelle ou éducative.
- Fouille de textes et de données (« text and data mining ») à des fins de recherche scientifique : comment promouvoir l'utilisation efficace de la fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique.

Le principal résultat du dialogue « *Des licences pour l'Europe* » entre les parties prenantes est consigné dans le document suivant : « *Ten pledges to bring more content online*<sup>4</sup> » (dix engagements afin d'apporter plus de contenus en ligne)

1. Poursuite du développement de la portabilité transfrontière des services sur abonnement.
2. Amélioration de la disponibilité des livres électroniques à travers les frontières et les supports.
3. Faciliter l'octroi de licences pour la musique.
4. Simplification de l'accès aux textes et aux images.
5. Permettre l'identification des œuvres et des droits en ligne.
6. Implication plus active du lecteur dans la presse en ligne.
7. Davantage de films issus du patrimoine culturel en ligne.
8. Libérer les archives TV grâce à la numérisation.
9. Amélioration de l'identification et de l'accessibilité des contenus audiovisuels en ligne.
10. Faciliter la fouille de textes et de données sur des matériaux accessibles par abonnement pour les chercheurs non-commerciaux.

2) Communication de la Commission sur le contenu dans le marché unique numérique, COM/2012/0789 final, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52012DC0789>

3) <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/>

4) Licences for Europe - Ten pledges to bring more content online, disponible sur : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113\\_ten-pledges\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf)

Ces engagements ont été approuvés au cas par cas par les titulaires de droits dans différents secteurs ou bien constituent des engagements multilatéraux de la part d'un secteur de l'industrie.

De tous ces engagements, le plus proche du cœur du débat sur le marché unique du numérique est sans doute le premier, qui porte sur la portabilité transfrontalière des services sur abonnement. Actuellement, en Europe, les abonnés aux services audiovisuels en ligne, par exemple, les offres payantes de contenus télévisuels en mode continu (« streaming ») ou les services de VoD, se voient souvent refuser l'accès à ces services hors de leur pays de résidence. Même si l'octroi de licences multiterritoriales est possible, la distribution des contenus est dans certains cas contractuellement limitée à un seul Etat de l'UE par les fournisseurs de services et/ou les titulaires de droits. Pour changer cet état de fait, une déclaration<sup>5</sup> a été publiée par les représentants du secteur de l'audiovisuel<sup>6</sup>. Cette déclaration affirme leur « intérêt constant pour le développement de la portabilité transfrontalière de contenus audiovisuels acquis légalement via les services concernés dans le cadre de voyages à l'étranger, et souligne leur volonté de continuer à œuvrer à son développement lorsque celle-ci est économiquement viable, sous réserve que les contenus puissent être sécurisés et en tenant compte de la diversité culturelle. »

Les signataires subordonnent la réussite des développements en matière de portabilité transfrontalière des contenus audiovisuels légalement acquis aux conditions suivantes :

- une approche volontariste, impulsée par le marché, avec la liberté pour les acteurs du marché d'expérimenter de nouveaux modèles commerciaux, en tenant compte de l'évolution rapide des marchés numériques de l'UE ;
- des initiatives de l'industrie en fonction des signaux clairs du marché, ancrées dans la demande réelle et démontrable des consommateurs, ainsi que des technologies sécurisées permettant la gestion de l'accès individuel par les utilisateurs autorisés ;
- la liberté commerciale et contractuelle ;
- différencier les stratégies de financement et de distribution pour chaque type de contenu audiovisuel, en soulignant l'importance d'améliorer et d'augmenter les recettes de distribution afin de maintenir la viabilité et la compétitivité des industries de contenus audiovisuels en Europe, et la pleine conformité avec les règles de la concurrence et les principes régissant l'information des consommateurs au sein de l'UE.

Par conséquent, les signataires se proposent de « coopérer avec la Commission à une date convenue mutuellement pour poursuivre l'examen des futurs développements du marché concernant la portabilité transfrontalière des contenus audiovisuels légalement acquis. »

## **2. Consultation publique sur la révision des règles du droit d'auteur de l'Union européenne**

Le 5 décembre 2013, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur la révision des règles du droit d'auteur de l'Union européenne<sup>7</sup>. Cette consultation s'appuie sur les questions identifiées dans la Communication sur le contenu dans le marché unique numérique, à savoir « la territorialité dans le marché intérieur, l'harmonisation, les limitations et les

5) Licences for Europe – Structured Stakeholder Dialogue 2013 - groupe de travail WG 1 Audiovisuel - Joint Statement on Cross-border Portability of lawfully-acquired Audiovisual Content. Disponible sur : <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/sites/licences-for-europe-dialogue/files/1-AV-portability.pdf>

6) Les signataires sont : Association of Commercial Television (ACT), European Coordination of Independent producers (CEPI), Europa Distribution, EUROVOD, Federation of European Film Directors (FERA), International Federation of Film Distributors Associations (FIAD), International Federation of Film Producers Associations (FIAPF), Independent Film & Television Alliance (IFTA), International Video Federation (IVF), Motion Picture Association (MPA), Sports Rights Owners Coalition (SROC) et la Society of Audiovisual Authors (SAA).

7) [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm)

exceptions au droit d'auteur à l'ère numérique ; la fragmentation du marché des droits d'auteur de l'UE et comment améliorer l'efficacité et l'efficience de l'application des règles tout en soutenant leur légitimité dans le contexte plus large de la réforme du droit d'auteur<sup>8</sup>. »

Le questionnaire comporte six rubriques principales :

1. Droits et fonctionnement du marché unique
2. Limitations et exceptions dans le marché unique
3. Copie privée et reproduction
4. Rémunération équitable des auteurs et des interprètes
5. Respect des droits
6. Un titre unique de droit d'auteur au sein de l'UE

En juillet 2014, la Commission a publié un rapport résumant plus de 9 500 réponses au questionnaire et plus de 11 000 messages, y compris les questions et les commentaires envoyés à l'adresse e-mail concernée de la Commission<sup>9</sup>. Ce document reflète des opinions très divergentes : alors que l'industrie du droit d'auteur semble privilégier le maintien du statu quo, le secteur de l'informatique et les utilisateurs de services sont favorables à une réforme profonde du cadre juridique existant de l'UE en matière de droit d'auteur.

En ce qui concerne l'accès transfrontière aux contenus en ligne, la majorité des consommateurs répondants déclarent avoir été régulièrement confrontés à des restrictions d'accès liées à l'emplacement géographique de leur adresse IP. En fonction de l'Etat membre concerné, ces restrictions conduisent souvent à une discrimination au niveau des prix et à des conditions différentes pour des produits et services identiques. Le rapport de la Commission conclut que, en général, les consommateurs aimeraient pouvoir accéder à tous les contenus à partir de n'importe quelle boutique en ligne et dans n'importe quel pays. Les consommateurs attendent, au minimum, de la transparence sur les possibilités d'accès transfrontière aux contenus et les restrictions territoriales concernées. Les bibliothèques ont également signalé des problèmes dans la fourniture de contenus à travers les frontières, certaines d'entre elles expliquant que ces problèmes ne découlent pas seulement du fait que le droit d'auteur est territorial, mais reflètent également les différences technologiques, réglementaires et fiscales entre les Etats membres de l'UE.

Le secteur de la création audiovisuelle semble d'accord, d'une façon générale, pour reconnaître que les différences culturelles, linguistiques et réglementaires entre les Etats membres ont un impact sur la nature territoriale des services offerts, mis à part les aspects liés aux stratégies de marché et aux pratiques commerciales des fournisseurs de services opérant sur le marché unique numérique. Dans ce secteur, la plupart des répondants considèrent que la distribution exclusive sur une base territoriale peut être un outil permettant aux titulaires de droits de garantir un financement adéquat pour la production de films ou d'œuvres audiovisuelles.

Les auteurs et les interprètes expliquent, quant à eux, que des licences multiterritoriales sont disponibles (ne serait-ce que dans les secteurs du livre, de l'image et de la musique) et que ce sont les fournisseurs de services qui, dans le cadre de leur politique commerciale, déterminent comment, quand et où mettre en place des services de distribution de contenus numériques. De nombreux radiodiffuseurs considèrent que les habitudes de consommation des téléspectateurs, la demande des consommateurs, la langue, la capacité à fournir un support de consommation dans plusieurs langues et les coûts de commercialisation sont autant de raisons expliquant l'absence d'incitation à fournir des services dans plusieurs Etats membres.

---

8) Cette consultation fait suite à de précédentes consultations et auditions publiques, notamment le Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance et le Livre vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles et les contenus en ligne.

9) Rapport présentant les réponses à la Consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur, juillet 2014, disponible sur : [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)

D'une façon générale, les producteurs de films considèrent que l'absence relative de services multiterritoriaux n'est pas liée au droit d'auteur et que les règles actuelles de l'UE en matière de droit d'auteur ne devraient pas être modifiées. Selon eux, les fournisseurs de services s'adressent essentiellement à un public national ou à une communauté linguistique spécifique et ne sont donc pas intéressés par les licences multiterritoriales, hormis lorsqu'il s'agit de territoires parlant la même langue. Ils rappellent que la distribution multiterritoriale peut être très onéreuse en raison de la nécessité de campagnes publicitaires locales ciblées, de l'emploi de personnel multilingue pour le service à la clientèle, de l'utilisation de différents réseaux de distribution, des coûts variables d'internet selon le territoire, de la pénétration du haut débit, du taux de TVA, etc.

En ce qui concerne les fournisseurs de services, certains (par exemple les plateformes VoD) précisent qu'ils sont contractuellement tenus, en vertu des licences territoriales, d'empêcher l'accès transfrontière à leurs contenus. Par ailleurs, certains facteurs non liés au droit d'auteur interviennent également au moment de décider d'un potentiel déploiement de services multiterritoriaux. Ces facteurs englobent notamment :

- le coût de la conformité légale avec des lois divergentes en matière de protection des consommateurs ;
- les systèmes nationaux de classification, les obligations en matière de protection des mineurs ;
- la fiscalité ;
- les fenêtres d'exploitation ;
- la réglementation de la copie privée ;
- le coût de la contextualisation (c'est-à-dire le marketing spécifique au marché) et des versions linguistiques (sous-titrage et doublage) ;
- les coûts liés au service à la clientèle et au dispositif de réponse en plusieurs langues aux réclamations des clients ;
- l'absence de normes techniques communes pour la fourniture de contenus ;
- le risque de fraude et d'impayés, ainsi que les divers contextes économiques qui rendent impossible un prix unique ;
- le manque d'infrastructures/d'accès numériques à très haut débit ;
- les difficultés liées au traitement des paiements et
- la disparité des préférences des annonceurs.

Enfin, les fournisseurs de services audiovisuels soulignent une demande insuffisante pour les services transfrontaliers.

Alors qu'il semble y avoir une approche commune aux acteurs de l'industrie pour expliquer pourquoi, à ce jour, l'accès transfrontière aux contenus en ligne est loin d'être parfait, les réactions quant à la nécessité d'adopter de nouvelles mesures législatives sont partagées. Tandis que la grande majorité des auteurs et des interprètes est favorable à de nouvelles mesures visant à accroître la disponibilité transfrontalière des contenus, ils sont nombreux à penser que ces mesures devraient être prises au niveau de la protection des consommateurs, des modalités de paiement et de la TVA, et non pas dans le domaine du droit d'auteur. Pour certains radiodiffuseurs, le marché évolue naturellement vers la fourniture transfrontalière des contenus dès lors que cela est économiquement viable. Cependant, il y a une divergence de vues sur la nécessité de nouvelles mesures au niveau de l'UE en matière de territorialité : alors que certains diffuseurs (principalement commerciaux) ne voient pas la nécessité d'un changement législatif, les radiodiffuseurs de service public, en particulier, considèrent que certaines modifications législatives s'imposent.

Les radiodiffuseurs de service public appellent à l'application de l'approche du pays d'origine pour les services de médias en ligne (comme minimum pour les services en ligne liés aux émissions) et à l'application du système qui est actuellement en vigueur pour la retransmission par câble en vertu de la directive Satellite-Câble à la retransmission simultanée des émissions par les plateformes en ligne. Pour les services à la demande qui sont liés à des programmes linéaires (par exemple, la télévision de rattrapage) et qui peuvent être proposés par le diffuseur lui-même ou

par des tiers, ils suggèrent une solution sous forme du système de licence collective étendue pour les droits attachés aux œuvres et autres matériels utilisés dans les programmes de diffusion. Une minorité de diffuseurs considère qu'il existe un besoin général d'améliorer les systèmes de licence en Europe et d'encourager l'octroi de licences uniques. La grande majorité des organisations de gestion collective (OGC) ne voit pas la nécessité d'intervenir dans les questions de droit d'auteur, même si beaucoup pensent qu'il est nécessaire d'agir dans d'autres domaines, tels que la fiscalité. Les OGC du secteur audiovisuel considèrent que l'octroi de licences multiterritoriales devrait être accompagné par la mise en place d'un cadre de rémunération des auteurs audiovisuels. Ils affirment également que, dans certains cas, les limitations territoriales liées à l'octroi de licences sont une conséquence nécessaire de la distribution territoriale exclusive des œuvres audiovisuelles. La plupart des fournisseurs de services appellent à la simplification du processus d'octroi de licences dans le marché unique. Ils désignent le manque d'information sur le statut des contenus au regard du droit d'auteur comme un obstacle majeur dans la clarification des droits et de l'octroi de licences au sein de l'UE. Certains soulignent la nécessité de développer des initiatives d'information sur les droits et d'améliorer la transparence sur l'identification des titulaires de droits dans un répertoire donné. D'autres appellent à un guichet unique d'octroi de licences sur la base du principe du pays d'origine et souhaitent imposer aux OGC l'obligation de délivrer des licences pour les œuvres. En ce qui concerne la portabilité transfrontalière des services, ils estiment que les licences devraient leur permettre de continuer à servir les clients ayant payé pour le contenu lorsque ces clients voyagent dans l'UE. Certains réclament également un régime de TVA harmonisé pour les services et les contenus en ligne.

### **III. Prochaines étapes : les nouveaux projets de la Commission européenne**

La Commission avait laissé entendre qu'un livre blanc serait publié avant l'été 2014 à la suite de la consultation sur le droit d'auteur. Ce livre blanc devait comporter une feuille de route fixant l'orientation à suivre par la prochaine Commission et ouvrant la voie à une intervention législative au cours de la prochaine législature (2014-2019) sur un certain nombre de questions majeures, telles que la distribution transfrontalière, les liens hypertextes et la navigation, certaines exceptions (pour les bibliothèques et les archives pour l'éducation et la recherche, l'utilisation par les personnes handicapées, et la fouille de textes et de données sur les contenus générés par les utilisateurs), la redevance pour copie privée, les identifiants et les formalités, et la procédure d'application civile des droits. Cependant, après plusieurs reports, la publication de ce livre blanc a été finalement retirée de l'ordre du jour. Cette situation est due, en partie, à des approches divergentes entre les directions générales de la Commission, qui se reflètent également au sein du Conseil, où la position des Etats membres est fortement divisée sur ces questions, mais également à la réorganisation des portefeuilles de la Commission.

Le 10 septembre 2014, en particulier, le nouveau Président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, a annoncé la répartition des compétences dans son équipe et le mode de travail de la nouvelle Commission européenne.

Outre la Haute-Représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, la nouvelle Commission aura six vice-présidents. Le nouveau Président, Jean-Claude Juncker, a chargé les vice-présidents de missions spécifiques portant notamment sur un certain nombre de projets prioritaires bien définis ainsi que des tâches de pilotage et de coordination au sein de la Commission dans des domaines clés inscrits dans les orientations politiques<sup>10</sup>.

---

10) Un nouvel élan pour l'Europe - Orientations politiques de Jean-Claude Juncker - 15/07/2014, disponible sur : [http://ec.europa.eu/news/eu\\_explained/140715\\_en.htm](http://ec.europa.eu/news/eu_explained/140715_en.htm)

M. Juncker a choisi d'organiser la nouvelle Commission autour d'équipes de projets. Parmi celles-ci, une équipe baptisée « Marché unique du numérique » et dirigée par Andrus Ansip, vice-président chargé du marché unique numérique, aura pour mission de « briser les barrières nationales en matière de réglementation des télécommunications, de droit d'auteur et de protection des données, ainsi qu'en matière de gestion des ondes radio et d'application du droit de la concurrence. » Son objectif consistera à faire un meilleur usage des possibilités offertes par les technologies numériques.

Au sein de l'équipe de projet Marché unique du numérique, Günther Oettinger, Commissaire à l'économie numérique et de la société, a reçu une lettre de mission de M. Juncker lui demandant, entre autres tâches, de se concentrer sur la « [p]réparation d'ambitieuses mesures législatives visant à créer un marché unique du numérique connecté. » Ces travaux devraient être entamées au cours des six premiers mois du mandat de la nouvelle Commission. Selon la lettre de mission, il convient de moderniser au cours de la première partie de ce mandat les « règles en matière de droit d'auteur en tenant compte de la révolution numérique et des nouveaux comportements des consommateurs », ainsi que de la diversité culturelle de l'Europe.

Le présent article ne vise en aucune façon la remise en cause des futures décisions de la Commission européenne. Néanmoins, une chose est claire : la réforme du cadre législatif du droit d'auteur de l'UE annoncée dans la lettre de M. Juncker reposera sûrement sur les efforts de la Commission dans ce domaine, comme nous l'avons mentionné plus haut.





OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

## Informations pour le secteur audiovisuel

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a pour but d'assurer une plus grande transparence du secteur audiovisuel en Europe. Cette mission comporte la collecte, l'analyse et la publication d'informations actuelles et pertinentes sur les industries audiovisuelles.

L'Observatoire a adopté une définition pragmatique du secteur audiovisuel auquel il se consacre. Ses principaux domaines d'activité comprennent le cinéma, la télévision, la vidéo et le DVD, les services audiovisuels à la demande et les politiques publiques relatives au cinéma et à la télévision. Pour ces cinq domaines, l'Observatoire fournit des informations juridiques ainsi que des informations sur les marchés et les financements. Son champ d'activité géographique s'étend à ses Etats membres, pour lesquels l'Observatoire consigne et analyse les évolutions. Il couvre en outre, lorsque cela lui paraît opportun, d'autres Etats présentant une pertinence pour l'analyse de l'évolution en Europe. La mise à disposition de l'information implique diverses étapes, telles que la collecte systématique et le traitement des données ainsi que leur diffusion auprès des utilisateurs sous forme de publications, d'informations en ligne, de bases de données et répertoires et de présentations dans le cadre de conférences et d'ateliers. Le travail de l'Observatoire fait appel à des sources d'information internationales et nationales permettant de rassembler des données actuelles et pertinentes. Le réseau d'information de l'Observatoire a été constitué à cette fin. Il comprend des organismes et des institutions partenaires, des entreprises spécialisées dans la mise à disposition d'informations professionnelles ainsi que des correspondants spécialisés. Les principaux groupes cibles de l'Observatoire sont les professionnels du secteur audiovisuel : les producteurs, les distributeurs, les exploitants, les radiodiffuseurs et les autres fournisseurs de services audiovisuels, les organisations internationales du secteur, les décideurs au sein des organismes publics responsables des médias, les législateurs nationaux et européens, les journalistes, les chercheurs, les juristes, les investisseurs et les consultants.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a été créé en 1992 sous l'égide du Conseil de l'Europe dont il constitue un « Accord partiel et élargi ». Il a son siège en France, à Strasbourg. L'Observatoire se compose à l'heure actuelle de 40 Etats membres et de l'Union européenne, représentée par la Commission européenne. Chaque Etat membre désigne son représentant au Conseil exécutif de l'Observatoire. L'équipe internationale de l'Observatoire est dirigée par le Directeur exécutif.

### Les publications et services proposés par l'Observatoire sont classés en quatre catégories :

- Publications
- Informations en ligne
- Bases de données et répertoires
- Conférences et ateliers

### Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau – F-67000 Strasbourg – France  
Tél.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19  
www.obs.coe.int – E-mail: info.obs@coe.int



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE



# Services d'informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Pour commander :

- en ligne sous <http://www.obs.coe.int/shop/prodfamily>
- par e-mail : [orders-obs@coe.int](mailto:orders-obs@coe.int)
- par fax : +33 (0)3 90 21 60 19

## Lettre d'information IRIS

*Observations juridiques de  
l'Observatoire européen  
de l'audiovisuel*

**Accès en ligne et gratuit !**

IRIS est un bulletin mensuel vous garantissant une information fiable et toujours à jour sur les évolutions les plus marquantes du droit dans le secteur de l'audiovisuel. IRIS couvre tous les domaines juridiques importants de l'industrie audiovisuelle et se concentre principalement sur la cinquantaine de pays qui composent l'Europe élargie. IRIS décrit la législation relative aux médias au sens le plus large, ainsi que les développements majeurs en matière de jurisprudence, les importantes décisions administratives et les décisions d'ordre politique pouvant avoir un impact sur la loi. L'abonnement à IRIS est gratuit, les articles sont accessibles et téléchargeables sur le site internet : <http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>

## IRIS plus

*Un thème juridique brûlant  
examiné sous différents angles*

Les développements juridiques, technologiques et économiques dans le secteur audiovisuel génèrent pour les professionnels des besoins immédiats en informations. IRIS plus a pour but d'identifier ces nouveautés et de fournir leur contexte juridique. Sur la base d'un article de fond étayé par des exposés concis, suivi d'un zoom sur le sujet traité sous forme de tableaux synoptiques, de données de marché ou d'informations pratiques selon les cas, IRIS plus fournit à ses lecteurs la connaissance nécessaire pour suivre et prendre part aux dernières discussions très pertinentes concernant le secteur audiovisuel. Pour plus d'informations : <http://www.obs.coe.int/shop/irisplus>

## IRIS Merlin

*Base de données d'informations  
juridiques relatives au  
secteur audiovisuel en Europe*

La base de données IRIS Merlin vous permet d'accéder à plus de 6 500 articles présentant des informations juridiques en rapport avec l'industrie audiovisuelle. Ces articles relatent les lois, les arrêts des tribunaux, les décisions des administrations, ainsi que les documents de politique générale relatifs aux domaines intéressés, et ce pour plus d'une cinquantaine de pays. Ils portent également sur les instruments juridiques, les résolutions et les documents d'ordre politique émanant des principales institutions européennes et internationales. Accès gratuit au site : <http://merlin.obs.coe.int>

## IRIS Spécial

*Informations factuelles  
détaillées associées à  
une analyse approfondie*

Dans nos publications IRIS Spécial, tous les sujets d'actualité relatifs au droit des médias sont abordés et examinés d'un point de vue juridique. Les publications IRIS Spécial offrent des analyses détaillées de la législation nationale applicable, facilitant ainsi la comparaison entre les cadres juridiques de différents pays. Elles identifient et analysent en outre des questions très pertinentes et donnent un aperçu du contexte juridique, européen et international, ayant un impact sur la législation nationale. Les publications IRIS Spécial abordent ces thèmes juridiques de manière très accessible. Inutile d'être juriste pour les lire ! Chaque édition relève d'un niveau élevé de pertinence pratique combiné à la rigueur académique. Pour accéder à la liste de toutes les publications IRIS Spécial, visitez le site : <http://www.obs.coe.int/shop/irispecial>