



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

TELEPHONE : +32 2 740 00 05
TELEFAX : +32 2 740 00 01

le 27 mars 2017¹

Avis

du Comité exécutif de l'ALAI

Au sujet du droit de communication au public ; les Opinions de l'Avocat Général dans les affaires *Filmspelers* C-527/15 et *Ziggo* C-610/15

Ces deux affaires visent le fait de faciliter des communications illicites au public, dans l'affaire *Filmspelers* par la vente d'un appareil équipé hyperliens renvoyant à des sites internet qui mettent illicitement à disposition des œuvres audiovisuelles en *streaming*, et dans l'affaire *Ziggo* par la fourniture d'un accès à un site d'indexation d'un réseau *peer-to-peer* permettant le « partage » de copies contrefaisantes d'œuvres audiovisuelles. Dans l'une et l'autre affaire, les avocats généraux concluent respectivement que le vendeur de l'appareil et le site d'indexation communiquent des œuvres au public. L'ALAI souscrit aux conclusions des avocats généraux tout en émettant des réserves à propos de certains éléments du raisonnement tenu dans l'affaire *Ziggo*. Dans les deux affaires, les avocats généraux appliquent, dans leurs conclusions, le cadre élaboré par la CJUE dans l'arrêt *GS Media* (C-160/15) et plusieurs arrêts antérieurs qui conditionne la responsabilité pour atteinte au droit de communication au public à l'existence d'un « public nouveau ». Dans de précédents Rapports et Avis², l'ALAI s'est déclarée préoccupée par le fait que la jurisprudence de la CJUE relative à ce critère de « public nouveau » s'écarte sensiblement des normes internationales de base relatives à la notion de communication au public prévues par la Convention de Berne et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Dans le présent Avis, l'ALAI estime que les conclusions des avocats généraux peuvent être lues au moins en partie comme proposant une approche qui permet de concilier les attentes des titulaires de droits, d'une part, et des utilisateurs, d'autre part, que la jurisprudence récente de la CJUE a cherché à équilibrer, sans pour autant faire de la connaissance un élément de l'acte de contrefaçon. Au lieu de cela, l'approche qui se dégage de ces conclusions permet la prise en compte de la connaissance de

¹ Avis provisoire du 27 mars 2017 tel qu'approuvé par le Comité exécutif de l'ALAI réuni à Copenhague le 17 mai 2017.

² Rapport et Avis de l'ALAI (2015) sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf> ; Avis de l'ALAI (2014) sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf> ; Rapport et Avis de l'ALAI (2013) 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, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>.

la contrefaçon uniquement au regard de la responsabilité de la personne qui facilite la contrefaçon, et non comme critère pour déterminer si cet acte est en soi une communication au public. L'acte même, qu'il communique directement ou indirectement l'œuvre, demeure, indépendamment de la connaissance de l'acteur, une « communication » « au public ».

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Filmspeler*, l'Avocat général Sanchez-Bordona prend comme point de départ les prémisses suivantes posées par la CJUE dans l'arrêt *GS Media* et ses prédécesseurs (point 42) :

a) le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifié de « mise à disposition » et ce comportement est un « acte de communication » ; b) cette notion vise toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé ; et c) il existe une présomption simple selon laquelle le placement d'un hyperlien vers une œuvre publiée illégalement (c'est-à-dire sans l'autorisation de ses ayants droit) sur Internet suppose une « communication au public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/79 lorsqu'il est réalisé dans un but lucratif.

Et (point 43) :

la notion de communication au public de l'œuvre protégée requiert soit qu'elle soit effectuée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés soit, à défaut, qu'elle cible un « public nouveau », c'est-à-dire un public que les titulaires des droits couvrant les œuvres protégées n'ont pas pris en compte lorsqu'ils ont autorisé leur diffusion initiale (limitée).

Les faits à l'origine de l'affaire *Filmspeler* répondaient au critère de « public nouveau » puisque les liens préinstallés mettaient les contenus audiovisuels à la disposition d'un « public » (les acheteurs des appareils qui cliquaient sur les liens) que les titulaires de droits n'avaient pas pris en compte lorsqu'ils avaient fourni un accès restreint aux contenus (point 59). Chose importante, l'Avocat général rejette la thèse selon laquelle le fournisseur d'hyperliens préinstallés dans un appareil doit être traité différemment d'un fournisseur d'hyperliens insérés sur un site internet (points 51, 52) et ajoute (au demeurant) que le vendeur de l'appareil poursuivait clairement un but lucratif (point 54).

Le vendeur de l'appareil *filmspeler* avait soutenu qu'il résultait du fait que les liens étaient disponibles à partir d'autres sources que son « intervention » n'était pas « cruciale » et qu'il « se contentait de “faciliter” l'accès du public à des contenus téléchargeables sur d'autres sites Internet ». « Le *filmspeler* ne serait donc pas [selon le défendeur et la Commission] une partie “essentielle” du processus conduisant du site Internet sur lequel le contenu protégé est illégalement disponible jusqu'à l'utilisateur final » (point 47). En refusant cette thèse, l'Avocat général, conformément à la jurisprudence antérieure de la CJUE, interprète au sens large la notion de « rôle incontournable joué par l'utilisateur » (*GS Media*, point 35 ; *Phonographic Performance (Irlande)*, C-162/10, EU:C:2012:141, point 31).

Selon cette jurisprudence, le terme « incontournable » ne veut pas dire « condition sine qua non ». Par exemple, dans l'affaire *Phonographic Performance (Irlande)*, les clients des hôtels auraient pu accéder aux émissions de radio si chacun avait apporté son propre poste de radio ou avait connecté son appareil numérique pour recevoir la diffusion en *simulcast* des émissions. Des observations semblables pourraient être faites concernant le premier de la série d'arrêts consacrant le critère de « public nouveau », à savoir *SGAE c/ Rafael Hoteles*, C-306/05 (du 7 décembre 2006), voir au point 42 (les clients de l'hôtel se trouvaient à l'intérieur de la zone de couverture du radiodiffuseur). Dans l'affaire *GS Media*, il aurait été sans

importance que d'autres sites aient proposé eux aussi des liens vers les mêmes contenus contrefaisants. En effet, si le « rôle incontournable » devait signifier (comme certains l'ont préconisé) que celui qui met à disposition des contenus contrefaisants ne fait une communication au public que si personne d'autre n'offre un accès à ces contenus, le droit de communication au public serait vidé de sa substance. L'ALAI estime donc que le point 52 des conclusions de l'Avocat général Sanchez-Bordona fait une analyse correcte du rôle de l'utilisateur :

Quel que soit le mode selon lequel ou le moyen technique par lequel ils ont été insérés, les hyperliens ont pour fonction de permettre à des tiers d'accéder à des contenus numériques déjà « mis » – en l'occurrence, illégalement – en ligne. L'aspect pertinent de la communication au public réalisée par leur intermédiaire est le fait qu'elle étend le périmètre des utilisateurs potentiels, auxquels est fournie, j'insiste sur ce point, une fonctionnalité dans laquelle les sites Internet qui permettent de visualiser des contenus numériques sans payer ont été présélectionnés.

La pré-installation des hyperliens dans l'appareil *filmspeler* ne met pas à disposition dans l'absolu les contenus contrefaisants, mais elle rend effectivement les contenus plus *facilement* accessibles au public. En effet, en évitant aux internautes d'avoir à trouver eux-mêmes les « bons » hyperliens, le vendeur de l'appareil *filmspeler* a fourni les moyens « directement destinés à ce que les acheteurs accèdent, sur Internet, à des œuvres protégées par des droits d'auteur sans le consentement de leurs titulaires » (point 50), indépendamment du fait de savoir si, en l'absence de ces moyens, ils auraient fait l'effort de trouver d'autres chemins d'accès aux contenus contrefaisants. De même, l'Avocat général Szpunar, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Ziggo*, exprime un concept semblable de « rôle incontournable de l'utilisateur » à propos de la facilitation par le site The Pirate Bay du partage de fichiers entre pairs (point 50) :

Cependant, ces œuvres ne seraient pas accessibles et le fonctionnement du réseau ne serait pas possible, ou serait en tout cas beaucoup plus complexe et moins efficace à l'utilisation, sans les sites comme TPB qui permettent de trouver et d'accéder aux œuvres. Les opérateurs de ces sites organisent donc le système qui permet aux utilisateurs d'accéder à des œuvres mises à disposition par d'autres utilisateurs. Leur rôle peut donc être considéré comme nécessaire.

Les participants à un réseau P2P mettent à disposition des copies contrefaisantes des œuvres ; le rôle de TPB n'est pas absolument nécessaire à la communication non autorisée des œuvres. Mais TPB simplifie grandement de telles communications, en rendant les œuvres plus accessibles qu'elles ne l'auraient été autrement. Ainsi les deux avocats généraux refusent, avec raison selon l'ALAI, de qualifier ces acteurs de « simples facilitateurs » d'actes de contrefaçon qui n'effectuent pas de communications au public.

La difficulté, que ne soulèvent pas les faits dans l'une ou l'autre affaire, est de déterminer quand l'activité consistant à rendre accessible au public la communication contrefaisante d'une œuvre effectuée par un tiers constitue un acte de communication au public à part entière (relevant des normes de l'UE) et quand cette activité est trop distante pour que l'acteur engage sa responsabilité directe (la norme de responsabilité indirecte relevant uniquement des législations nationales). Comme l'observe l'Avocat général Szpunar (point 3), l'approche consistant à dissocier les actes de facilitation des actes de communication au public :

ferait cependant dépendre [la] responsabilité, et en définitive l'étendue des droits appartenant aux titulaires, des solutions, très divergentes, retenues dans différents systèmes

juridiques nationaux. Or, cela mettrait à mal l'objectif de la législation de l'Union dans le domaine du droit d'auteur, relativement abondante, qui est justement d'harmoniser l'étendue des droits dont jouissent les auteurs et les autres titulaires au sein du marché unique. C'est la raison pour laquelle la réponse aux problèmes soulevés par la présente affaire doit, selon moi, être cherchée plutôt en droit de l'Union.

En revanche, d'autres aspects des conclusions de l'Avocat général Szpunar font craindre que l'analyse du critère de « public nouveau » découlant de l'arrêt *GS Media* et de ses prédécesseurs soit mal interprétée pour aboutir à une compréhension indûment restrictive de ce qui constitue une « communication au public ». Il importe de préciser que tous les arrêts qui ont appliqué le critère de « public nouveau » ont visé une *nouvelle* mise à disposition, sous une forme ou une autre, d'une communication d'un tiers. La CJUE n'a jamais dit que la personne à l'origine d'une communication au public non autorisée ne porte atteinte au droit exclusif que si elle met l'œuvre à la disposition d'un public différent de celui à qui l'œuvre a été mise à disposition par le titulaire du droit. Une telle interprétation aboutirait au résultat absurde que l'exploitant d'un site qui fournit directement un accès non autorisé à des œuvres n'effectuerait aucune communication au public si le titulaire du droit offrait également un accès à l'œuvre. Les conclusions (point 4) préviennent heureusement que le cas des communications secondaires (telles que celles effectuées par des hyperliens) se distingue « de manière substantielle » de celui des communications originaires (telles que celles effectuées depuis un site internet ou dans le cadre d'un réseau de pair à pair), mais il reste que certains passages des conclusions de l'Avocat général Szpunar pourraient être mal interprétés comme signifiant la généralisation du critère de « public nouveau » jusqu'à englober même la source initiale non autorisée d'une communication. Par exemple (point 40) :

Selon la seconde exigence, le public visé par la communication en question doit être un « public nouveau ». De l'avis de la Cour, en ce qui concerne la mise à disposition sur Internet, la communication n'est pas effectuée à un public nouveau quand elle concerne une œuvre déjà mise à la disposition du public, en libre accès, sur un autre site Internet. En effet, dans une telle situation, la communication vise, au moins potentiellement, le même public que celui visé par la mise à disposition originale, à savoir la totalité des utilisateurs d'Internet.

Ces conclusions risquent de renforcer l'impression erronée que l'exigence de « public nouveau » s'applique non seulement aux transmissions secondaires mais également aux transmissions primaires lorsqu'elles considèrent que TPB est « à l'origine de la mise à la disposition du public des œuvres qui sont partagées dans le cadre du réseau sans le consentement des titulaires des droits d'auteur » (point 53), tout en appliquant à l'activité de celui-ci l'analyse du « public nouveau ». Puisque le critère de « public nouveau », tel qu'énoncé par l'arrêt *GS Media*, comprend désormais un élément de connaissance, la généralisation de ce critère aux communications originaires, en plus des communications secondaires, transforme radicalement le droit de communication au public en l'éloignant d'un droit de propriété assorti d'un régime de responsabilité objective dont la mise en jeu n'est subordonnée ni à la connaissance ni au but lucratif. Là où jadis le but lucratif tendait simplement à démontrer que le défendeur communiquait l'œuvre à un public et non pas uniquement à un cercle de famille ou d'intimes (suivant, semble-t-il, la théorie selon laquelle celui qui communique à ce cercle restreint ne cherche pas à gagner de l'argent en faisant payer la famille ou les amis) (p. ex. *Rafael Hoteles*), l'arrêt *GS Media* fait du but lucratif un substitut de la connaissance.

Mais l'Avocat général de l'affaire *Ziggo* craint dans ses conclusions qu'un critère de but lucratif ne couvre un champ trop vaste et demande donc que la personne à l'origine de la

communication ait effectivement connaissance de son caractère illicite (point 52). En revanche, l'Avocat général Sanchez-Bordona estime, avec raison selon l'ALAI, que la connaissance est pertinente uniquement du point de vue de la responsabilité du contrefacteur secondaire et non pour déterminer l'existence d'une violation du droit exclusif (point 71) : « Je pense, néanmoins, que la composante subjective est plus appropriée pour exclure la responsabilité d'une personne que pour se prononcer sur l'illicéité objective ». La nécessité de démontrer la connaissance de la personne qui est l'auteur direct de la contrefaçon (plutôt que la personne qui facilite l'accès à des contenus contrefaisants mis à disposition originellement par d'autres) apporte une nouvelle limitation au droit exclusif et est en contradiction fondamentale avec la reconnaissance, proclamée souvent par la CJUE, que « Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé » (voir, p. ex., le considérant 9 de la directive 2001/29/CE ; *Phonographic Performance (Irlande)* point 11 ; *GS Media* point 53).

En revanche, dans le contexte de la facilitation de la violation du droit de communication au public commise par le contrefacteur originaire, un critère de connaissance peut éclairer le « rôle de l'utilisateur » et ainsi permettre au juge de déterminer quand un facilitateur doit être tenu responsable d'un acte de communication au public. C'est l'« intervention délibérée » (*GS Media* point 50) en vue de rendre l'œuvre davantage accessible qui fait que l'intervenant est responsable d'une communication illicite au public. Mais lorsque le défendeur n'a pas visé « directement [...] à ce que les [utilisateurs] accèdent, sur Internet, à des œuvres protégées par des droits d'auteur sans le consentement de leurs titulaires » (*Filmspeler*, conclusions point 50), il n'est pas intervenu délibérément dans la communication illicite de cette œuvre. D'où l'affirmation dans les conclusions présentées dans l'affaire *Ziggo* que « le rôle décisif dans la [nouvelle] communication au public d'une œuvre donnée ne saurait être attribué [au défendeur] tant qu'il ne sait pas qu'elle a été mise à disposition illégalement » (point 51). « L'intervention *délibérée* » et « le rôle *décisif* » impliquent un élément de connaissance lorsque la responsabilité de l'acte de communication au public repose sur la poursuite, plutôt que l'enclenchement de la communication illicite. De surcroît, le fait de reconnaître que la poursuite délibérée d'une communication illicite constitue une communication au public à part entière confirme que de tels actes sont couverts par la directive de 2001 sur la société de l'information, ce qui favorisera l'harmonisation au niveau de l'UE dans un domaine d'une importance économique et transfrontalière croissante.

L'ALAI estime qu'en cas de nouvelle communication d'une communication initiale contrefaisante, le même « équilibre » entre les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs que celui que la CJUE a cherché à réaliser par l'accumulation des critères (public nouveau, modes techniques différents, but lucratif, connaissance effective) pourrait être obtenu si la Cour abandonnait le critère de « public nouveau » (qui n'a de base légale ni dans la Convention de Berne ni dans la Directive sur la société de l'information) et si elle se concentrait plutôt, d'une part, sur le caractère délibéré de l'intervention visant à favoriser ou à améliorer l'accès à des œuvres protégées, d'autre part, sur le critère d'« autre organisme que celui d'origine » prévu par l'article 11 bis, al. 1) ii) de la Convention de Berne.

[fin]