



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

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

Bruxelles, le 29 mai 2018

AVIS¹

Sur les conclusions de l'Avocat Général M. Manuel Campos Sánchez-Bordona présentées le 25 avril 2018 dans l'affaire C-161/17 (Land Nordrhein-Westfalen c./ Dirk Renckhoff)

L'ALAI a pris connaissance de l'affaire C-161/17 introduite par question préjudicielle devant la Cour de justice dans le cas Land Nordrhein-Westfalen c./ Dirk Renckhoff et dans laquelle sont intervenues les conclusions du 25 avril 2018 de l'Avocat Général M. Manuel Campos Sanchez-Bordona.

Elle constate que les faits de cette affaire sont susceptibles de donner lieu à une interprétation, non seulement du droit de l'Union européenne, mais également de plusieurs articles de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty, « WCT »), dont l'Union européenne est également membre. Elle rappelle à cet égard que la Cour de justice a pris comme position que “les textes de droit communautaire doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par la Communauté (arrêt du 7 décembre 2006, C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles, point 35).

S'agissant de la Convention de Berne, elle a constaté de façon répétée et notamment dans l'arrêt du 26 avril 2012, C-510/10, DR,TV2/NCB, point 29, que “ l'Union, bien que n'étant pas partie contractante à cette convention, est néanmoins obligée, en vertu de l'article 1er, paragraphe 4, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, auquel elle est partie, qui fait partie de son ordre juridique, et que la directive 2001/29 vise à mettre en œuvre, de se conformer à ses articles 1er à 21 (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, Rec. p. I-9083, point 189 ainsi que jurisprudence citée). Par conséquent, l'Union est tenue de se conformer, notamment, à l'article 11 bis de la convention de Berne (voir, par analogie, arrêt du 9 février 2012, C-277/10, Luksan, point 59)” et à l'article 8 du WCT.

L'ALAI souhaite contribuer à la bonne interprétation des dispositions de la Convention de Berne et le WCT qui ont toujours guidé les principes de son action. C'est pourquoi elle désire soumettre l'avis suivant concernant les articles 11bis, 5, par. (2) et 10, par. (2) de la Convention de Berne et l'article 8 du WCT.

¹ Approuvé par le comité exécutif de l'ALAI le 12 septembre 2018.

I. L'article 11*bis*(1) de la Convention de Berne et son incidence sur l'article 8 du WCT

Le cas de Dirk Renckhoff concerne la question de savoir si une photographie a été mise à la disposition du public au sens de l'article 8 WCT.

Conformément à l'article 8 du WCT et à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, le droit de mise à disposition est inclus dans le droit de communication au public. Les œuvres peuvent être mises à la disposition du public soit par une communication au public primaire - par exemple, en affichant une œuvre sur un site Web - soit par une communication au public secondaire. La communication secondaire signifie qu'une communication est faite en retransmettant une communication, y compris une œuvre mise à disposition, déjà offerte au public par une autre partie.

L'article 11*bis*(1) de la Convention de Berne, concernant la communication par radiodiffusion, rediffusion et communication par haut-parleur et autres instruments analogues, prévoit une réglementation détaillée concernant la communication publique primaire et secondaire des œuvres. Le système de la Convention de Berne, rappelé et confirmé dans l'article 8 du WCT, distingue entre :

- d'une part, la communication publique sans fil² **primaire** – c'est-à-dire initiée par la personne qui communique (11*bis*(1)i) ; et
- d'autre part, la communication publique **secondaire**, c'est-à-dire :
 - celle qui reprend une autre communication, soit, par fil ou sans fil, lorsqu'elle est faite par un autre organisme (11*bis*(1)ii) ;
 - celle qui s'effectue par haut-parleur hors du cercle intime de la famille et des amis de celui qui reçoit la communication de façon légitime(11*bis*(1)iii).

Dans le cas de Dirk Renckhoff, il s'agit d'une communication **primaire**. Tout comme les communications visées à l'article 11*bis*(1), le droit de mise à disposition de l'article 8 du WCT ne saurait être interprété dans un sens disant que la publication par quiconque sur un site, conférerait ipso facto à toutes les autres communications subséquentes à partir d'une autre copie de la même œuvre effectuées par d'autres personnes le statut de communications secondaires. Il n'y a communication secondaire que dans le cas d'une retransmission d'une *communication*. Dans le cas de Dirk Renckhoff, ce n'était pas la *communication* faite par [www.schwarzaufweiss](http://www.schwarzaufweiss.com) qui était retransmise par la Gesamtschule Waltrop. Au contraire, l'établissement scolaire a communiqué la photo à travers une copie résidant sur son propre site.

Puisqu'il s'agit d'une communication **primaire**, c'est le critère de l'**article 11*bis*(1)(i)** qui doit être respecté. Dans ce cas, il importe seul de savoir s'il y a communication publique ; il n'y a pas d'autre condition à remplir. Sont dès lors sans pertinence les circonstances prises en compte par l'avocat-général :

- le caractère 'accessoire' de l'œuvre par rapport au travail de l'élève (67) ;
- l'absence d'une intention d'élargir le cercle des personnes pouvant voir la photographie (68) ;

² L'article 8 du traité de l'OMPI inclut expressément la communication par fil.

- le fait que M. Renckhoff ait consenti à la communication sur le portail de la revue de voyages (70) ;
- la question de savoir si l'on pouvait exiger de l'élève et de son enseignante la connaissance de la nécessité d'obtenir le consentement du photographe (70) ; et
- le fait que le **public** visé par l'émission ne soit pas '**nouveau**' ou ne peut être qualifié de public « se situant sur une plus large échelle » (95).

Puisqu'il suffit qu'une communication primaire³ soit 'publique', c'est à tort que les conclusions de l'Avocat Général cherchent à s'appuyer sur la notion d'un public *nouveau*, introduisant ainsi, en droit d'auteur communautaire, une condition additionnelle que les Traités ne posent pas, qui réduit considérablement la protection qu'ils visent à assurer et qui contredit ses objectifs d'offrir une base uniforme et sûre pour le droit d'auteur international.

L'introduction de la condition du public nouveau se heurte au principe universel que le droit d'auteur est un droit opposable à tous. Il s'ensuit que dans le cas sous examen, l'autorisation accordée par Renckhoff à www.schwarztaufweis.de de communiquer sa photo ne correspond pas à une autorisation donnée à la Gesamtschule Waltrop. Même si, dans les deux cas, il s'agit du même public, il est requis, selon le système de la Convention de Berne, que l'auteur donne une autorisation nouvelle et indépendante au tiers qui envisage d'accomplir un acte de communication primaire. Une autorisation donnée à une personne ne vaut que dans la relation avec cette personne, et non pas dans celle avec des tiers.

II. L'article 5, par. (2) de la Convention de Berne

Peut-on exiger d'un professionnel, lorsqu'il publie une œuvre sur Internet, qu'il réserve son droit d'auteur, qu'il mentionne son nom d'auteur ou qu'il avertisse le public de l'interdiction d'utiliser l'œuvre en vue d'éviter ainsi les apparences contraires ? Les conclusions de l'Avocat-général semblent vouloir le suggérer (points 75, 78, 82, 85, 104 à 106).

L'ALAI considère cependant qu'il convient de respecter le principe fondamental exprimé dans l'article 5(2) de la Convention de Berne, qui dispose que la jouissance et l'exercice des droits ne soient subordonnées à aucune formalité.

³ Quant à l'avis de l'ALAI selon lequel d'autres conditions telles que "nouveau public" ne devraient pas s'appliquer aux communications secondaires, voir l'Avis Provisoire du 27 mars 2017, approuvé par le Comité exécutif de l'ALAI le 17 mai 2017, sur le droit de communication au public et les conclusions de l'Avocat Général dans les affaires Filmspeler C-527/15 et Ziggo C-610/15, voir p. 4 et 5 (voir : <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/170327-avis-filmspeler-ziggo.pdf>) ; Rapport et avis de l'ALAI (2015) sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et de la communication au public sur Internet (voir : <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf>) ; Avis ALAI (2014) sur le critère "Nouveau public", élaboré par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), placé dans le contexte de la mise à disposition et de la communication au public (voir : <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>) et Rapport et avis ALAI (2013) sur la mise à disposition et la communication au public dans un environnement Internet - accent sur les techniques linking sur Internet (voir : <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>).

III. L'article 10, par. (2) de la Convention de Berne

Selon l'article 10, par. (2) de la Convention de Berne :

« Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages ».

L'utilisation licite est donc confinée aux utilisations à titre d'illustration de l'enseignement. Ce critère est repris par la Directive 2001/29 dans son article 5.3.a et respecté dans la loi allemande. En plus, la Convention ainsi que la directive se réfèrent expressément à la loi nationale ; à part de cela, l'exception est facultative.

Du point de vue de la Convention, la question cruciale est celle de savoir si une communication sur un site web qui est *accessible à tous les internautes*, et non pas limitée à la seule communauté scolaire, peut encore être qualifiée comme une utilisation *à titre d'illustration de l'enseignement* et si une telle utilisation est conforme aux bons usages.

La communication d'une œuvre sur un site ouvert à tous, même faite par une école, déborde sans doute du cadre d'une émission à titre d'illustration de l'enseignement. L'article 10, par. (2) ne peut donc la justifier.

Dans son préambule, le traité OMPI sur le droit d'auteur de 1996 reconnaît la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution des techniques digitales et de l'internet. En particulier, le préambule du traité OMPI reconnaît la nécessité de maintenir **un équilibre** entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière **d'enseignement**, de recherche et d'accès à l'information, ainsi qu'il ressort de la Convention de Berne.

Pourtant, la règle de l'article 10, par. (2) CB n'a pas été modifiée lors du nouveau traité. La réaffirmation informée du consensus international sur ce point est donc de date récente.

En revanche, la communication sur un site d'école avec un accès plus restreint pourrait, elle, se révéler être tout à fait compatible avec les normes de la Convention. L'ALAI estime que les dispositions citées permettent à suffisance d'arriver à une solution susceptible d'équilibrer le droit fondamental des auteurs avec le droit à l'éducation consacré à l'article 14, paragraphe 1, de la Charte.