



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

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

25 février 2019

AVIS sur certaines questions préjudicielles posées par la Cour fédérale de justice d'Allemagne à la CJUE dans l'affaire C-682/18 (YouTube)

I. Introduction

L'ALAI a pris connaissance de l'affaire C-682/18 ("YouTube") dans laquelle la Cour fédérale de justice d'Allemagne a posé six questions à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dont les deux premières sont abordées dans le présent avis :

- 1. Si l'opérateur d'une plateforme vidéo en ligne sur laquelle les utilisateurs mettent à la disposition du public du contenu protégé par le droit d'auteur sans l'autorisation du titulaire du droit, cela peut-il être considéré comme un acte de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE si :*
 - *l'opérateur tire des recettes publicitaires de la plateforme,*
 - *le processus de téléchargement est automatisé et ne fait l'objet d'aucune vérification préalable ni d'aucun contrôle de la part de l'opérateur, conformément à ses conditions d'utilisation, l'opérateur reçoit une licence gratuite, mondiale et non exclusive durant les vidéos téléchargées pour la période pendant laquelle les vidéos sont sur la plateforme,*
 - *l'opérateur déclare dans ses conditions d'utilisation et au cours du processus de téléchargement que le contenu violant les droits d'auteur ne peut être mis en ligne,*
 - *l'opérateur fournit des outils qui peuvent aider les titulaires de droits à bloquer les vidéos qui enfreignent leurs droits,*
 - *l'opérateur organise les résultats de la recherche sur la plateforme sous forme de classements et de catégories de contenu et présente un aperçu des vidéos recommandées aux utilisateurs enregistrés sur base des vidéos que l'utilisateur a regardées précédemment*
 - *lorsque l'opérateur n'a aucune connaissance spécifique de la disponibilité de contenu portant atteinte au droit d'auteur ou, dès qu'il en a connaissance, supprime ou désactive rapidement l'accès à ce contenu ?*
- 2. En cas de réponse négative à la Question 1 : L'activité d'opérateur d'une plateforme vidéo Internet, dans les circonstances visées à la première question, relève-t-elle de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE ?*

II. ALAI

L'Association littéraire et artistique internationale (ALAI)¹ est une société savante indépendante qui se consacre à l'étude et à la discussion des questions juridiques liées à la protection des intérêts des créateurs. Fondée en 1878 par l'écrivain français Victor Hugo, et, grâce à ses études juridiques, l'ALAI a ouvert la voie à l'adoption de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne) en 1886. L'un des principaux objectifs de l'ALAI est d'élucider l'interprétation des principes et des règles de l'acquis international en matière de droit d'auteur, en particulier la Convention de Berne et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), dans leur application aux derniers développements du droit d'auteur.

A cette fin, l'ALAI estime qu'il est particulièrement important de partager ses vues sur certaines questions novatrices en matière de droit d'auteur avec des tribunaux de premier plan tels que la CJUE. Elle rappelle à cet égard que la CJUE a toujours été d'avis que "la législation communautaire doit, dans la mesure du possible, être interprétée dans le respect du droit international, en particulier lorsque ses dispositions visent spécifiquement à donner effet à un accord international conclu par la Communauté" (voir, entre autres, arrêt du 7 décembre 2006, affaire C-306/05, SGAE contre Rafael Hoteles, point 35). Elle indique que de nombreuses décisions de la CJUE témoignent du grand soin apporté à la prise en compte des traités internationaux.

L'ALAI note que les faits de la présente affaire sont susceptibles de donner lieu à une interprétation **du droit de mise à disposition et du droit de communication au public**. Par conséquent, ces questions ne concernent pas seulement l'art. 3 de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (directive 2001/29 sur le droit d'auteur) en tant que droit de l'Union européenne, mais aussi les dispositions de la Convention de Berne et, plus particulièrement, du WCT. L'art. 3 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur oblige les États membres à prévoir, en faveur des auteurs, le droit exclusif de communication, y compris la mise à disposition du public, ainsi que, en faveur de certains titulaires de droits voisins, le droit exclusif de mise à disposition. Il met ainsi en œuvre l'article 8 du WCT et les articles 10 et 14 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT).

L'ALAI est d'avis qu'à la lumière des règles et principes du WCT, que la jurisprudence existante de la CJUE approuve dans une large mesure, la première question devrait recevoir une réponse affirmative et la seconde (au cas où la CJUE répondrait la première par la négative) une réponse négative, sur base de la jurisprudence précédente de la CJUE et du droit international sous-jacent. Son analyse est exposée plus en détail ci-dessous.

III. Analyse

1. Question 1 (Communication / mise à disposition du public par un opérateur d'une plateforme vidéo en ligne sur laquelle les utilisateurs mettent à la disposition du public du contenu protégé par le droit d'auteur sans l'autorisation du titulaire du droit)

Le droit de mise à disposition est prévu à l'article 3 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur, qui met en œuvre l'article 8 du WCT et les articles 10 et 14 du WPPT. Il couvre « *la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ».

Cet acte se produit en particulier lorsqu'une œuvre est téléchargée sur une plateforme

¹ Pour plus d'informations sur l'ALAI, veuillez visiter notre page web : www.alai.org.

UUC² (comme dans le cas d'espèce) afin d'être ainsi offerte au public ; il couvre également la transmission au public une fois la transmission effectuée, c'est-à-dire lorsqu'un membre du public accède individuellement à l'œuvre sur cette plateforme.³

Selon la CJUE, le droit couvre **toute transmission, quels que soient les moyens techniques ou le procédé.**⁴ Doivent également être pris en compte les considérants 9, 10 et 23 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur qui, respectivement, exigent un niveau élevé de protection ; soulignent la nécessité d'une rémunération appropriée pour les auteurs et les interprètes pour l'utilisation de leur œuvre et pour les producteurs pour pouvoir financer cette œuvre ; et exigent une interprétation large du droit à la communication.

D'autres critères développés par la CJUE sont également régulièrement rencontrés dans le cas des plateformes UUC : leurs utilisateurs représentent un nombre indéterminé et extrêmement important de personnes qui constituent le "public" ; le critère du nouveau public n'étant dans ce cas pas en cause dès lors que les œuvres sont mises en ligne sans le consentement du titulaire du droit. En outre, les plateformes UUC comme celles du cas d'espèce agissent dans un but lucratif. Par conséquent, un acte de communication au public a sans aucun doute lieu.

Dans l'affaire YouTube, la question centrale est **de savoir si c'est l'opérateur de la plateforme qui peut être considéré comme l'auteur de l'acte de communication au public, en ce compris de la mise à disposition des œuvres.**

Trois questions sont jugées cruciales : (1) Est-ce l'opérateur de la plateforme qui effectue un acte de communication au public ; (2) L'opérateur de la plateforme YouTube peut-il faire valoir qu'il ne fait que fournir des services pour permettre ou effectuer une communication ; (3) L'opérateur de la plateforme YouTube peut-il se défendre en faisant valoir qu'il n'intervient pas en pleine connaissance des conséquences de ses actes.

L'ALAI considère en particulier que l'arrêt de la CJUE du 14 juin 2017, affaire 610/15, Brein v Ziggo ("The Pirate Bay"), peut fournir une orientation. En effet, comme dans l'affaire actuellement soumise à la CJUE, la décision The Pirate Bay concernait les activités d'une *plateforme*. The Pirate Bay s'est en outre fortement inspirée de la jurisprudence établie de la CJUE et des notions centrales qui, dans la jurisprudence de la CJUE, sous-tendent le concept de mise à la disposition du public.

(1) Est-ce l'opérateur de la plateforme qui effectue un acte de communication au public ?

Dans "The Pirate Bay", la CJUE a estimé que les opérateurs de la plateforme de partage en ligne TPB, en mettant à disposition et en gérant cette plateforme, permettaient à leurs utilisateurs d'accéder aux œuvres concernées et pouvaient donc être considérés comme jouant un rôle essentiel dans *la mise à disposition des œuvres en question*. Alors que dans l'affaire "The Pirate Bay", la plateforme servait d'intermédiaire vers du contenu stockés sur les ordinateurs d'autres utilisateurs, dans l'affaire YouTube, la plateforme est encore plus étroitement impliquée dans l'acte de communication au public puisque les œuvres sont effectivement *téléchargées* sur la plateforme sur laquelle les utilisateurs mettent à disposition du contenu protégé par le droit d'auteur, comme le précise la juridiction de renvoi. A cet égard, le fait que, comme l'indique la juridiction de renvoi, l'opérateur reçoive des utilisateurs téléchargeants une licence mondiale pour les vidéos téléchargées, est également pertinent. Cette licence ne serait pas nécessaire si ce n'était pas l'opérateur qui communiquait ces œuvres. En effet, en exigeant une telle licence de ses

² « User uploaded content ».

³ Cf. <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>, en particulier p. 3.

⁴P.ex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CN0117&from=NL>, 38.

utilisateurs, l'opérateur lui-même admet qu'il effectue une communication.

(2) *L'opérateur de la plateforme YouTube peut-il faire valoir qu'il ne fait que fournir des services pour permettre ou établir une communication ?*

Aux termes du considérant 27 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et de la déclaration commune concernant l'article 8 du WCT, **la simple fourniture d'installations matérielles** ne constitue pas un acte de communication au public. Toutefois, dans "The Pirate Bay", la CJUE a précisé que cette plateforme, **en indexant et en classant les fichiers téléchargés par les utilisateurs de manière à ce qu'ils puissent être facilement localisés, etc., faisait plus que simplement fournir des installations**, et que cela devait être considéré comme un acte de communication au public ("The Pirate Bay", paragraphes 38 et 39). La juridiction de renvoi a établi que **l'opérateur de la plateforme UUC organise les résultats de la recherche sur la plateforme** sous la forme de classements et de catégories de contenu et **affiche un aperçu** des vidéos recommandées aux utilisateurs inscrits, sur la base des vidéos qu'ils ont regardées précédemment. Il s'ensuit que les actes de l'opérateur dépassent de loin la simple fourniture d'installations matérielles et que l'opérateur accomplit un acte de mise à la disposition du public.

L'ALAI souligne que le considérant (27), strictement libellé, se fonde directement sur la déclaration commune concernant l'article 8 du WCT.⁵ Ici aussi, il doit s'agir de la *simple* fourniture d'installations matérielles. Même dans ce cas, cette simple mise à disposition ne constitue pas *en soi* une communication,⁶ ce qui signifie que, selon le contexte de l'acte de fourniture d'installations matérielles, il peut toujours y avoir une communication au public. La déclaration commune concernant l'article 8 du WCT a été adoptée en réponse aux préoccupations exprimées par les organismes de télécommunications et les fournisseurs de services Internet. S'il est clair que ces derniers peuvent avoir un intérêt légitime à l'exception relative à la simple fourniture d'installations matérielles, il est également clair que les activités de YouTube décrites au paragraphe précédent vont bien au-delà de celles d'une simple société de télécommunications ou d'un simple FAI fournissant simplement des câbles ou autres installations matérielles. L'interprétation de la CJUE dans "The Pirate Bay" est donc bien fondée, mais ce résultat est également prescrit par les règles d'un traité international (le WCT) auquel l'UE et ses États membres ont souscrit.

(3) *La plateforme YouTube intervient en pleine connaissance des conséquences de son acte*

Du point de vue du droit d'auteur conventionnel, la connaissance subjective de l'utilisateur des conséquences de son intervention est sans importance pour la question de savoir si l'œuvre a été communiquée au public. Dans cette optique, l'acceptation de l'absence de connaissance comme moyen de défense devrait être aussi limitée que possible. Par exemple, si, dans son arrêt du 8 septembre 2016 dans l'affaire C-160/15, GS Media contre Sanoma ("GS Media"), la CJUE a autorisé l'exonération de certains utilisateurs sur la base du critère "connaissance", cette possibilité était strictement limitée (1) aux individus (2) qui ne poursuivaient pas un but lucratif ("GS Media", points 47, 49 et 51).

La connaissance de YouTube peut être supposée pour trois raisons : elle organise les résultats de la recherche ; c'est une entreprise à but lucratif ; elle agit à une échelle telle qu'elle ne peut ignorer qu'elle utilise un nombre considérable d'œuvres éligibles à la protection du droit d'auteur, sans le

⁵ La déclaration commune concernant l'article 8 du WCT se lit comme suit : « Il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la convention de Berne. »

⁶ Sam Ricketson and Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, para 12.55 at p. 745; Silke von Lewinski in Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, WPPT and BTAP*, para. 7.8.43.

consentement des ayants droit.

Dans son arrêt "The Pirate Bay", la CJUE a jugé qu'en règle générale, *tout* acte par lequel un utilisateur, en pleine connaissance de cause, donne accès à ses clients à des œuvres protégées est susceptible de constituer un "acte de communication" au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur (paragraphe 34).

Pour permettre aux clients d'avoir accès à des œuvres protégées, tous les actes qui vont au-delà de la simple fourniture d'installations matérielles sont pertinents. En mettant à disposition et en gérant leur plateforme de partage en ligne, les opérateurs de "The Pirate Bay" ont été considérés comme intervenant, "en pleine connaissance des conséquences de leur comportement, pour donner accès aux œuvres protégées, **en indexant et en répertoriant sur ladite plateforme les fichiers torrents qui permettent aux utilisateurs de celle-ci de localiser ces œuvres et de les partager dans le cadre d'un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*)**" (paragraphe 36) et donc comme acteurs essentiels de la mise à disposition des œuvres (paragraphe 37).

La Cour de renvoi a établi que **dans l'affaire YouTube, l'opérateur organise les résultats de la recherche sur la plateforme sous la forme de classements et de catégories de contenu et affiche un aperçu des vidéos recommandées aux utilisateurs inscrits**, sur base des vidéos que l'utilisateur a regardées précédemment. Le comportement des opérateurs de la plateforme YouTube n'est donc pas différent de celui des opérateurs de la plateforme Pirate Bay. Ils classent, catégorisent, affichent des aperçus et recommandent.

La connaissance de YouTube peut également être présumée, selon la CJUE, dès lors que YouTube est **une société à but lucratif**. La Cour de renvoi a établi que *l'opérateur tirait des recettes publicitaires de la plateforme*. Cela signifie que YouTube communique pour du profit. En ce qui concerne l'insertion d'hyperliens, la CJUE a statué dans "GS Media" que lorsque cette insertion est effectuée dans un but lucratif, il faut présumer qu'elle a été effectuée en pleine connaissance de la nature protégée de l'œuvre et de l'absence éventuelle de consentement du titulaire du droit d'auteur à sa publication sur Internet. Dans ces circonstances, l'insertion d'un lien hypertexte vers une œuvre illégalement mise sur Internet constitue, selon la CJUE, une "communication au public" au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur.

Enfin, **l'UUC et les fournisseurs de plateformes similaires savent généralement** que, par leur intervention délibérée, les œuvres téléchargées par les utilisateurs sont mises à disposition du public, ce qui suffit à établir la responsabilité selon la CJUE, qui exige que l'utilisateur intervienne "en pleine connaissance des conséquences de son comportement" ou "délibérément".⁷ Dans "The Pirate Bay", la Cour de justice a jugé qu'il ressort clairement de l'ordonnance de renvoi que les opérateurs de la plateforme de partage en ligne TPB ne pouvaient ignorer que cette plateforme donnait accès à des œuvres publiées sans le consentement des ayants droit, étant donné qu'un très grand nombre de fichiers torrent sur la plateforme TPB se rapportaient à des œuvres publiées sans leur consentement (paragraphe 45). Il en va de même pour les fournisseurs de plateformes UUC. Bien que la juridiction de renvoi n'ait pas remis ceci en question, elle semble interpréter la jurisprudence de la CJUE dans le sens où la plateforme devrait avoir une pleine connaissance des conséquences de son comportement, "délibérément", - "y compris de l'absence d'autorisation des titulaires de droits" (selon la juridiction de renvoi, point 41 de l'arrêt C-527/15, Stichting Brein contre Jack Frederik Wullems, "Filmspeler" du 26 avril 2017, CJEU, point 41). La connaissance devrait être spécifique, mais elle ne peut l'être, puisque les vidéos sont

⁷P.ex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0306&from=NL>, 42; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0403&from=EN>, 195-196; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CO0136&qid=1491347112709&from=EN>, 39.

téléchargées par un système automatisé. En conséquence, cette connaissance (et donc un "rôle indispensable") ne pourrait exister qu'après notification du détenteur du droit et absence de retrait par la plateforme. Toutefois, la référence au paragraphe 41 de la décision "Filmspeler" semble incorrecte - ce paragraphe n'exige pas cette connaissance spécifique et traite en outre des hyperliens plutôt que de la mise à disposition d'œuvres téléchargées. C'est plutôt le jugement "The Pirate Bay" qui devrait guider la CJUE, également en ce qui concerne l'aspect connaissance, comme indiqué ci-dessus.

En **conséquence**, l'opérateur d'une plateforme vidéo en ligne sur laquelle les utilisateurs téléchargent du contenu protégé par le droit d'auteur sans l'autorisation du titulaire du droit peut être considéré comme effectuant un acte de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur.

2. "En cas de réponse négative à la Question 1 : L'activité d'opérateur d'une plateforme vidéo Internet, dans les circonstances visées à la Question 1, relève-t-elle de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE ?"

D'un point de vue systématique, l'article 14 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (directive 2000/31 sur le commerce électronique) vise à exonérer, sous certaines conditions, les prestataires de services d'hébergement de la responsabilité pour les actes de tiers. En revanche, lorsqu'une personne est responsable de son propre acte (en particulier d'un acte de communication au public), la responsabilité principale s'applique ; elle doit donc acquérir des licences pour accomplir cet acte. Comme la CJUE l'a notamment fait pour un service offrant une plateforme vers laquelle les utilisateurs téléchargent des fichiers ("The Pirate Bay"), un tel service effectue un acte de communication au public, et est donc principalement responsable, s'il indexe et classe les fichiers téléchargés par les utilisateurs afin qu'ils puissent être facilement localisés... Bien que l'ALAI considère qu'il faille répondre par l'affirmative à la Question 1 (c'est-à-dire qu'un tel opérateur accomplit un acte de communication/mise à disposition du public), elle souhaite répondre à la Question 2 au cas où la CJUE répondrait par la négative à la Question 1.

Il est rappelé que la CJUE a considéré qu'un prestataire de services est couvert par l'article 14 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, s'il "*se limite[r] à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients*", ou simplement "*stocke sur son serveur les offres à la vente, fixe les modalités de son service, est rémunéré pour celui-ci et donne des renseignements d'ordre général à ses clients*". Toutefois, elle n'est pas couverte si elle "***joue un rôle actif de nature à lui donner conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres***", ce qui, dans le cadre des places de marché en ligne, a été considéré comme incluant une assistance qui consiste notamment à « ***optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres*** ». ⁸

Les conditions relatives à la connaissance visées à l'article 14, paragraphe 1, point a), de la directive 2000/31 sur le commerce électronique et à l'article 14, paragraphe 1, point b), ne deviennent pertinentes que si le prestataire de services est couvert par l'article 14, c'est-à-dire s'il joue un rôle passif plutôt qu'actif. ⁹ Voir également la Résolution de l'ALAI sur les propositions

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0324&from=GA>, 112, 113, 115-116. Voir également Tribunale di Roma 3512/2019, publié le 15.2.2019 : violation du droit d'auteur acceptée lorsqu'une page Facebook publie des liens qui ne conduisent pas à un contenu publié par le titulaire du droit RTI lui-même via sa propre plateforme, mais plutôt à un contenu publié via un site tiers (YouTube) non autorisé par RTI à rendre disponible le contenu audiovisuel en question. Voir <http://ipkitten.blogspot.com/2019/02/facebook-found-liable-for-hosting-links.html>.

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0324&from=GA>, 118 et seq.

européennes du 14 septembre 2016 visant à introduire un partage plus équitable de la valeur lorsque les œuvres et autres matériels protégés sont mis à disposition par voie électronique.¹⁰

En **conséquence**, l'ALAI considère que, dans les circonstances décrites à la Question 1, l'activité d'un opérateur d'une plateforme vidéo sur Internet ne relève pas du champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

IV. Conclusions

Comme indiqué ci-dessus, l'acte d'un opérateur d'une plateforme vidéo en ligne décrit dans la Question 1 de la Cour fédérale de justice de l'Allemagne constitue un acte de communication/mise à disposition du public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE. Si la Cour devait se prononcer sur la Question 2, l'ALAI considère que cet acte ne relève pas du champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE.

[fin]

¹⁰ <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/170218-value-gap-fr.pdf>, IV 1.