

Vol. 28, n° 1

L'harmonisation des droits économiques dans l'Union européenne

Agnès Lucas-Schloetter*

RÉSUMÉ	171
INTRODUCTION	173
1. Le droit de reproduction	176
1.1 Reproduction partielle	177
1.2 Reproduction provisoire	178
1.2.1 L'exception de reproduction provisoire	178
1.2.2 Caractère provisoire et transitoire ou accessoire	180
1.2.3 Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique	181
1.2.4 Finalité de l'acte de reproduction	181

© Agnès Lucas-Schloetter, 2016.

* Enseignante-chercheure (*akademische Oberrätin*) à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich (Allemagne), Chaire de droit civil, droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

1.2.5	Utilisation licite	181
1.2.6	Absence de signification économique indépendante	182
1.2.7	Triple test.	182
2.	Le droit de distribution	183
2.1	Les éléments de définition	184
2.1.1	La distribution implique un transfert de propriété.	184
2.1.2	Les relations entre le droit de distribution et les droits de prêt et de location	185
2.1.3	La distribution s'étend à l'offre de vente	186
2.2	L'épuisement du droit de distribution	186
2.2.1	La portée géographique de l'épuisement	187
2.2.2	Application de l'épuisement à la « distribution » numérique en ligne	188
3.	Le droit de communication au public	190
3.1	Le droit de communication au public dans les textes	190
3.1.1	Le droit de communication au public des auteurs	190
3.1.2	Le droit de communication au public des titulaires de droits voisins.	191
3.1.3	Le droit de mise à disposition interactive à la demande	192
3.2	Le droit de communication au public dans la jurisprudence	193

<i>L'harmonisation des droits économiques...</i>	169
--	-----

3.2.1 L'acte de communication.	194
3.2.2 Le public	196
3.2.3 Un public nouveau	197
CONCLUSION	200

RÉSUMÉ

Les droits économiques des auteurs et titulaires de droits voisins ont été largement harmonisés au sein de l'Union européenne. Le législateur européen en a dessiné les contours tandis que la Cour de justice de l'Union européenne en a par la suite précisé le contenu. Des incertitudes subsistent néanmoins, notamment quant à certaines formes d'utilisation des œuvres et prestations sur Internet. La présente contribution dresse un bilan de l'harmonisation européenne dans ce domaine.

INTRODUCTION

Le mouvement d'harmonisation du droit d'auteur européen, amorcé dans les années 1990 par l'adoption de directives sectorielles, s'est poursuivi de manière transversale avec la directive 2001/29 du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information qui constitue aujourd'hui la pierre angulaire de tout l'édifice. Le corpus législatif a depuis été enrichi par les directives relatives au droit de suite, aux œuvres orphelines et à la gestion collective. L'Union européenne ne dispose cependant toujours pas d'un instrument juridique unique qui réglerait l'ensemble de la matière. Les discussions se poursuivent quant à l'opportunité d'adopter un Code européen du droit d'auteur ou, à tout le moins, une directive unique de consolidation de l'acquis communautaire¹.

L'harmonisation des droits économiques dans l'Union européenne s'est faite paisiblement et semble à première vue réussie. Contrairement à d'autres thèmes tels que la titularité initiale du droit d'auteur ou le droit moral, c'est un domaine où l'opposition classique entre les systèmes de droit d'auteur et ceux de *copyright* n'est pas très marquée. Le sujet n'a pas non plus suscité les mêmes débats passionnés que celui des exceptions ou des mesures techniques de protection lors de l'adoption de la directive sur la société de l'information. Il s'agit sans doute de l'un des points les moins controversés du processus d'harmonisation, notamment parce que les solutions consacrées par le législateur européen ne se distinguent pas fondamentalement du minimum conventionnel fixé par les traités internationaux, la Convention de Berne et les traités additionnels de l'OMPI de 1996.

Pourtant, le consensus existant en matière de droits économiques n'est peut-être qu'apparent. La marge de manœuvre traditionnellement reconnue au législateur national lors de la transposition

1. Sous la forme, soit d'une simple modernisation de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, soit de façon plus ambitieuse, d'une directive unique remplaçant l'ensemble des directives existantes.

des directives européennes est ici particulièrement grande. L'harmonisation a en effet seulement consisté à définir en termes très généraux les actes réservés aux titulaires des droits. Or, la formulation abstraite des prérogatives ainsi consacrées laisse une grande liberté au législateur national dans la façon de transposer concrètement les prescriptions communautaires dans son ordre juridique interne. Elle rend surtout indispensable une interprétation uniforme des notions clés de « reproduction », « communication », « public », « distribution », « épuisement », sans laquelle l'harmonisation serait incomplète et le rapprochement des droits nationaux illusoire.

Chargée de veiller à l'interprétation uniforme du droit européen au sein de l'Union, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) est saisie par les juridictions nationales des États membres de questions préjudicielles portant sur l'interprétation des directives d'harmonisation. Elle a rendu jusqu'à présent une quarantaine d'arrêts en matière de droit d'auteur et droits voisins, dont un certain nombre concerne les droits économiques. L'évaluation de l'acquis communautaire en matière de droits économiques implique par conséquent l'examen tant des directives que de la jurisprudence de la Cour de justice.

D'un point de vue terminologique, les droits économiques reconnus aux auteurs et titulaires de droits voisins sont qualifiés en Europe de *droits d'exploitation* (*Verwertungsrechte*, *derechos de explotación*)² lorsqu'il s'agit d'insister sur leur caractère exclusif ou de *droits patrimoniaux/ pécuniaires* pour les distinguer du droit moral. La ligne de partage n'est pas la même dans les deux cas et la seconde catégorie est plus large que la première : tous les droits patrimoniaux ne sont pas des droits d'exploitation. Ainsi du droit de suite (*resale right*) qui a incontestablement une nature patrimoniale mais n'est pas un monopole d'exploitation³. C'est un droit à rémunération, et non un droit exclusif, dont l'harmonisation a soulevé des difficultés davantage politiques que juridiques et qui sera exclu de cette étude.

Les droits économiques, pris ici dans leur acception restrictive de droits exclusifs d'exploitation, sont définis de façon très diverse

2. Compare l'art 12 de la loi italienne 1941 visant le « droit exclusif d'utilisation économique de l'œuvre » (*diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera*).

3. Le droit de suite est défini par l'art 1^{er} de la directive 2001/84 du 27 sept. 2001 comme le « droit inaliénable [...] à percevoir un pourcentage sur le prix obtenu pour toute revente [d'une œuvre d'art originale] après la première cession opérée par l'auteur ».

dans les États membres de l'Union européenne. L'harmonisation n'ayant été opérée que par voie de directive (et non d'ordonnance), elle n'impose aucune uniformisation dans la classification des différentes prérogatives de l'auteur ni dans leur dénomination. Selon les pays, la conception est plutôt synthétique ou plutôt analytique. Ainsi les auteurs jouissent-ils par exemple de deux droits économiques en France⁴ et aux Pays-Bas⁵, trois en Belgique⁶, quatre en Espagne⁷, cinq en Suède⁸ et en Hongrie⁹, six au Royaume-Uni¹⁰, sept en Italie¹¹ et huit en Allemagne¹² !

Nonobstant cette diversité de présentation, les droits nationaux des États membres de l'Union européenne, tout au moins ceux d'Europe continentale¹³, se rejoignent sur deux points principaux en

4. « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction » (art L 122-1 CPI). « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque » (art L 122-2 CPI). « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » (art L 122-3 CPI).
5. Voir Anton Quaadvlieg, « The Netherlands », dans Brigitte Lindner et Ted Shapiro (dir), *Copyright in the Information Society – A Guide to National Implementation of the European Directive* (Cheltenham Glos, R-U, Edward Elgar, 2011) à la p 399 :
Article 1 of the Dutch Copyright Act defines the exploitation right by only two very large concepts (further defined in Articles 12-14) : first, a « right of copying » (*recht om te verveelvoudigen*), comprising the (physical) reproduction right as well as the (non-physical) adaptation right ; secondly, a « right of offering to the public » (*recht om openbaar te maken*), encompassing the (physical) distribution right as well as the (non-physical) rights of communication to the public and of representation.
6. Droit de reproduction (qui inclut l'adaptation ainsi que la location et le prêt), droit de communication publique (qui inclut la mise à disposition interactive) et droit de distribution.
7. Droits de reproduction (art 18), distribution (art 19), communication au public (art 20) et adaptation (art 21).
8. Droits de reproduction, communication au public, exécution, exposition, distribution (qui inclut la location et le prêt).
9. Droits de reproduction (art 18), distribution (art 23), exécution publique (art 24), communication au public (art 26), adaptation (art 29).
10. *Rights of reproduction* (art 17), *distribution* (art 18), *rental and lending* (art 18A), *performance* (art 19), *communication to the public including making available* (art 20), *adaptation* (art 21).
11. Droits de reproduction (art 13), transcription (art 14), récitation/exécution publique (art 15), communication au public y compris mise à disposition (art 16), distribution (art 17), traduction/adaptation (art 18), prêt et location (art 19).
12. Droits de reproduction (§16), distribution (§17), exposition (§18), récitation, exécution ou représentation (§19), mise à disposition interactive (§19a), radiodiffusion (§20), communication au moyen d'un enregistrement visuel ou sonore (§21), communication d'émissions radiodiffusées (§22).
13. À l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande, tous les États membres de l'Union européenne sont des pays de droit civil suivant la conception dite de droit

matière de droits économiques : la distinction entre droit d'auteur *stricto sensu* et droits voisins d'une part, entre exploitation sous forme corporelle et sous forme incorporelle d'autre part. Ni l'une, ni l'autre n'ont cependant été reprises par le législateur européen. La directive 2001/29 consacre en effet quasiment les mêmes prérogatives aux auteurs et aux titulaires de droits voisins, à l'exception du droit de communication au public. Elle ne reprend pas non plus la *summa divisio* entre exploitation sous forme corporelle et incorporelle mais opte pour une division tripartite : droit de reproduction, de communication au public et de distribution.

1. Le droit de reproduction

Le droit de reproduction est défini par l'article 2 de la directive 2001/29 comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen que ce soit et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie ». Il est consacré dans des termes identiques au bénéfice des auteurs et des titulaires de droits voisins. Parmi les quatre éléments de définition du droit de reproduction, certains sont repris du droit international conventionnel et ne soulèvent pas de difficultés particulières. Il en va ainsi du principe de l'indifférence du mode et de la forme de la reproduction¹⁴, ainsi que de la précision selon laquelle cette dernière peut être « directe ou indirecte »¹⁵. On en déduit que le droit de reproduction s'applique à la numérisation, au stockage sur un support électronique et au téléchargement des œuvres et prestations protégées, solutions déjà consacrées au niveau national dans la plupart des États membres. Le droit de reproduction, autrefois entendu comme le droit de contrôler la confection d'exemplaires matériels, s'applique désormais aux copies tangibles comme aux copies invisibles stockées dans les ordinateurs, tablettes, téléphones mobiles et autres appareils.

d'auteur (*author's right*) par opposition au système de *copyright* des pays de *common law*.

14. La précision selon laquelle le droit exclusif s'étend à la reproduction « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit » figure en effet à l'article 9.1 de la Convention de Berne, auquel renvoie le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ODA ou *WCT*) qui ne comporte pas lui-même de définition du droit de reproduction, ainsi qu'à l'article 7 du traité de l'OMPI sur les interprétations et les phonogrammes (OIEP ou *WPPT*).
15. La précision figure, en matière de droits voisins, dans la Convention de Rome (art 10) et le *WPPT* (art 7). Elle n'est pas expressément consacrée en matière de droit d'auteur mais résulte de la définition très large du droit de reproduction de la Convention de Berne.

1.1 *Reproduction partielle*

L'extension du droit exclusif aux reproductions seulement partielles semble a priori également conforme à la définition traditionnelle du droit de reproduction, qui n'a jamais été limité à la seule reprise de l'intégralité d'une œuvre ou prestation protégée. Une difficulté est néanmoins apparue dans les États membres de l'Union européenne ayant un système de *common law*, le Royaume-Uni et l'Irlande, dans lesquels la protection est limitée aux reproductions d'une « partie substantielle » de l'œuvre¹⁶, critère assurément plus étroit que celui de reproduction « en tout ou en partie » de la directive.

La Cour de justice de l'Union Européenne est venue préciser, dans l'arrêt *Infopaq*, que la reprise d'un extrait n'est subordonnée au consentement du titulaire du droit de reproduction que si cet extrait est lui-même original : « les différentes parties d'une œuvre bénéficient ainsi d'une protection au titre de l'article 2 a) de la directive 2001/29 à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre »¹⁷. La Cour en conclut que « la reprise d'un extrait d'une œuvre protégée, qui comprend onze mots consécutifs de celle-ci, est susceptible de constituer une reproduction partielle »¹⁸ soumise au droit exclusif de l'auteur. On en déduit que le critère anglo-saxon de la « part substantielle » ne peut plus être interprété de façon quantitative, mais seulement qualitative¹⁹.

Interrogée par une juridiction britannique sur la portée du lien ainsi établi entre les notions de reproduction partielle et d'origi-

16. Voir la loi anglaise *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA) au para 16 (3) et la loi irlandaise *Copyright and Related Rights Act* (CRRA) au para 37(3).

17. *Infopaq International c Danske Dagblades Forening*, C-5/08 (CJUE 16 juillet 2009) au §39 [Infopaq I]. Voir dans le même sens *Football Association Premier League Ltd c QC Leisure*, C-403/08 (CJUE 4 octobre 2011) et *Murphy c Media Protection Services Ltd*, C-429/08 (CJUE 4 octobre 2011), affaires jointes au §156 [FAPL].

18. Infopaq I, *supra* note 17 au §48. Voir dans le même sens *SAS Institute Inc c World Programming Ltd*, C-406/10 (CJUE 2 mai 2012) au §70 : « la reproduction [...] de certains éléments [...] est susceptible de constituer une violation du droit d'auteur [...] si [...] cette reproduction constitue l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur ».

19. Voir *The Newspaper Licensing Agency Ltd v Meltwater Holding Bv*, [2010] EWHC 3099 (2010-11-21) au §69 : « There is no reference to «substantial part» in Article 2 ; the ECJ makes it clear that originality rather than substantiality is the test to be applied to the part extracted. As a matter of principle this is now the only real test » [confirmé [2011] EWCA Civ 890 (2011-07-17)].

nalité, la CJUE a jugé par la suite, dans l'affaire *Football Association Premier League*, « que le droit de reproduction s'étend aux fragments transitoires des œuvres dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, à condition que ces fragments contiennent des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre aux auteurs concernés, l'ensemble composé des fragments reproduits simultanément devant être examiné afin de vérifier s'il contient de tels éléments »²⁰.

1.2 *Reproduction provisoire*

La seule question véritablement controversée au moment de l'adoption de la directive 2001/29 portait sur le point de savoir si le droit de reproduction doit s'étendre aux copies provisoires impliquées par la diffusion des œuvres et prestations sur Internet. Elle n'avait pu être tranchée lors de la conférence diplomatique de l'OMPI en 1996 et le traité sur le droit d'auteur (WCT) ne comporte finalement pas de définition du droit de reproduction, se contentant de renvoyer à celle de la Convention de Berne.

Deux sortes de reproductions temporaires sont susceptibles d'être réalisées sur Internet. Celles qui sont effectuées par les intermédiaires techniques lors de la transmission en ligne des œuvres et prestations protégées d'une part. Celles qui interviennent, en cache ou sur écran, lors de la consultation des sites par l'internaute d'autre part. Ces reproductions, techniquement nécessaires au processus de communication, ne constituent pas des exploitations autonomes des œuvres et prestations protégées. Aussi paraît-il préférable de les exclure purement et simplement du périmètre du droit exclusif comme le prévoit par exemple le Code européen du droit d'auteur du projet Wittem : « The right of reproduction is the right to reproduce the work in any manner or form, including temporary reproduction *insofar as it has independent economic significance* »²¹.

1.2.1 *L'exception de reproduction provisoire*

Telle n'est pourtant pas la voie retenue par le législateur européen qui a préféré intégrer toutes les reproductions provisoires dans le champ d'application du droit exclusif, pour en exclure aussitôt cer-

20. FAPL, *supra* note 17 au §159.

21. En ligne : <www.copyrightcode.eu> ; les italiques sont nôtres. Le Code européen du droit d'auteur publié le 26 avril 2010 est le fruit d'une collaboration entre universitaires hollandais, belges, allemands et anglais.

taines par le biais d'une exception prévue à l'article 5.1 de la directive 2001/29 :

Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- b) une utilisation licite

d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

Outre que la technique législative qui consiste à étendre un droit pour aussitôt le limiter par une exception n'est pas à l'abri de la critique²², les conditions d'application de l'article 5.1 apparaissent bien floues. La Cour de justice de l'Union a déjà été saisie de plusieurs questions préjudicielles sur l'interprétation de cette disposition, et il y a fort à parier qu'elle le sera de nouveau à l'avenir.

L'application de l'article 5.1 de la directive 2001/29 est subordonnée à cinq conditions dont la CJUE a confirmé qu'elles sont cumulatives²³ et qu'elles doivent faire l'objet d'une interprétation stricte²⁴, laquelle doit néanmoins tenir compte de l'objectif de l'exception qui consiste à assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies et maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires de droits et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent bénéficier de ces nouvelles technologies²⁵.

22. Aux Pays-Bas, l'article 5.1 de la directive 2001/29 a été transposé dans la définition du droit de reproduction et non au titre des exceptions. Voir l'art 13a de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur :

The reproduction of a literary, scientific or artistic work will not include temporary reproduction of a passing or incidental nature and forming an essential part of a technical procedure whose sole purpose is to enable a) the passing on by an intermediary through a network between third parties, or b) a lawful use, and if it contains no independent economic value.

23. Infopaq I, *supra* note 17 au §55 ; *Infopaq c Danske Dagblades Forening*, C-302/10 (CJUE 17 janvier 2012) au §26 [Infopaq II].

24. Infopaq I, *supra* note 17 aux §56-57 ; FAPL, *supra* note 17 au §162 ; Infopaq II, *supra* note 23 au §27 ; *Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd*, C-360/13 (CJUE 5 juin 2014) au §23 [Meltwater].

1.2.2 Caractère provisoire et transitoire ou accessoire

La première condition est celle du caractère provisoire (*temporary*) de l'acte de reproduction. Elle est le plus souvent implicitement considérée comme satisfaite et n'a été discutée par la Cour de justice que dans l'affaire *Meltwater* à propos des copies sur écran et des copies en cache effectuées par un utilisateur final au cours de la consultation d'un site Internet²⁶. La deuxième condition a un caractère alternatif : l'acte de reproduction doit être soit « transitoire » (*transient*), soit « accessoire » (*incidental*). Dans l'affaire *Infopaq*, la Cour de justice a considéré qu'un acte ne peut être qualifié de transitoire que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée²⁷. Elle a néanmoins précisé par la suite que « l'exigence de suppression automatique ne s'oppose pas à ce qu'une telle suppression soit précédée d'une intervention humaine visant à mettre fin à l'utilisation du procédé technique »²⁸. S'agissant de la deuxième alternative, un acte de reproduction peut être qualifié d'accessoire « s'il n'a ni existence ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont il fait partie »²⁹. La deuxième condition a ainsi été considérée comme satisfaite à propos des copies sur écran et des copies en cache effectuées par les internautes lors de la consultation d'un site Internet, les premières étant transitoires³⁰, les secondes accessoires³¹.

25. FAPL, *supra* note 17 au §164 ; Meltwater, *supra* note 24 au §24.

26. Meltwater, *supra* note 24 au §26 : la Cour conclut au caractère provisoire des actes de reproduction après avoir fait observer que « les copies sur écran sont supprimées dès lors que l'internaute quitte le site Internet consulté » et que « les copies en cache sont normalement remplacées automatiquement par d'autres contenus après un certain temps, lequel dépend de la contenance du cache, ainsi que de l'ampleur et de la fréquence d'utilisation d'Internet par l'internaute concerné ».

27. Infopaq I, *supra* note 17 au §64.

28. Meltwater, *supra* note 24 au §41. Voir aussi au §42 : « un acte de reproduction ne perd pas sa nature transitoire du seul fait que la suppression par le système de la copie générée est précédée de l'intervention de l'utilisateur final visant à mettre fin au procédé technique concerné ».

29. Meltwater, *supra* note 24 au §43.

30. Meltwater, *supra* note 17 au §44.

31. *Ibid* aux §49-50.

1.2.3 Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique

La troisième condition selon laquelle l'acte de reproduction doit constituer « une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » implique que cet acte soit « entièrement effectué dans le cadre de la mise en œuvre » dudit procédé technique d'une part, que sa réalisation « soit nécessaire, en ce sens que le procédé technique concerné ne pourrait pas fonctionner de manière correcte et efficace sans cet acte »³² d'autre part. S'agissant de ce second élément, il n'est pas nécessaire que la copie soit indispensable au procédé technique, il suffit qu'elle le facilite³³.

1.2.4 Finalité de l'acte de reproduction

La quatrième condition concerne la finalité de l'acte de reproduction et présente également un caractère alternatif : la copie doit avoir pour « unique finalité » de permettre i) soit « une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire », ii) soit « une utilisation licite » d'une œuvre ou prestation protégée. La Cour de justice n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la première alternative qui concerne les reproductions effectuées par un opérateur exerçant une activité de transmission. Les affaires dont elle a jusqu'à présent été saisie concernaient en effet les copies effectuées respectivement par une société spécialisée dans le domaine de la veille et l'analyse de la presse écrite (*Infopaq*), dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision (*FAPL*) ou par les internautes sur l'écran et sur le disque dur de leur ordinateur lors de la navigation sur Internet (*Meltwater*). Dans toutes ces hypothèses, seule la seconde alternative était donc susceptible de justifier les copies réalisées : ces dernières devaient avoir pour unique finalité de permettre une utilisation licite de l'œuvre ou la prestation concernée.

1.2.5 Utilisation licite

Selon le considérant 33 de la directive 2001/29, « une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi ». Ici encore, la condition se dédouble en deux hypothèses dont la première trouve en pratique rarement à s'appliquer. Reste alors la deuxième hypothèse, celle où l'acte de reproduction a pour finalité de permettre une utilisation qui n'est

32. *Infopaq II*, *supra* note 23 au §30 ; *Meltwater*, *supra* note 24 au §28.

33. *Meltwater*, *supra* note 24 aux §34-36.

pas limitée par la loi. L'expression est interprétée restrictivement par la doctrine comme renvoyant nécessairement à une exception au droit d'auteur : « A use that is not restricted by law is a use covered by an exception or limitation »³⁴. La Cour de justice semble cependant en avoir une acception plus large puisqu'elle se contente en pratique de constater que l'utilisation en cause « n'est pas limitée par la réglementation applicable », sans faire aucune référence à une exception susceptible en l'espèce de rendre l'utilisation licite³⁵.

1.2.6 Absence de signification économique indépendante

Enfin, les actes de reproduction susceptibles d'être exemptés du droit exclusif ne doivent pas avoir de « signification économique indépendante »³⁶. Selon la CJUE, cette dernière condition signifie que l'avantage économique tiré des actes de reproduction querellés ne doit être ni distinct, ni séparable, ni aller au-delà de celui qui résulte déjà de l'utilisation licite de l'œuvre concernée³⁷ : « Un avantage tiré d'un acte de reproduction provisoire est distinct et séparable si l'auteur de cet acte est susceptible de réaliser des bénéfices en raison de l'exploitation économique de reproductions provisoires elles-mêmes »³⁸.

1.2.7 Triple test

Comme toutes les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins consacrées par la directive 2001/29, l'exception de reproduction provisoire est également subordonnée au triple test et n'est donc applicable « que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas

34. Michel M. Walter et Silke von Lewinski, *European Copyright Law – A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2010) au §1.5.19 [Walter-Lewinski].

35. Ainsi dans l'affaire Infopaq I, *supra* note 17 au §44, la CJUE estime « que la rédaction d'une synthèse d'articles de presse [...] n'est pas limitée par la réglementation de l'Union (ni) par la réglementation danoise », sans se référer à l'exception de revue de presse consacrée par la directive 2001/29. Voir aussi FAPL, *supra* note 17 aux §170-171 :

[170] Il est constant que ces actes éphémères de reproduction rendent possible un fonctionnement correct du décodeur satellitaire et de l'écran de télévision. Dans la perspective des téléspectateurs, ils rendent possible la réception des émissions contenant des œuvres protégées.

[171] Or, une telle réception de ces émissions en tant que telle, à savoir leur captation et leur visualisation, dans un cercle privé, ne présente pas un acte limité par la réglementation de l'Union ou par celle du Royaume-Uni, [...] cet acte étant par conséquent licite.

36. Voir le considérant 33 de la directive 2001/29 : « aucune valeur économique propre ».

37. FAPL, *supra* note 17 au §175 ; Infopaq II, *supra* note 23 au §50.

38. Infopaq II, *supra* note 23 au §52.

atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit »³⁹. Dans les deux premières affaires dont elle a été saisie à ce propos, la CJUE estimait superflu de vérifier les conditions dudit test :

si ces actes de reproduction remplissent toutes les conditions de l'article 5.1 de la directive 2001/29, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour, il doit être considéré qu'ils ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.⁴⁰

Dans l'affaire plus récente *Meltwater* en revanche, elle a pris soin d'examiner successivement les différentes étapes du triple test, notamment la potentielle atteinte aux intérêts légitimes des titulaires de droits⁴¹.

2. Le droit de distribution

Absent de la Convention de Berne⁴², de la Convention de Rome et de l'accord sur les ADPIC, le droit de distribution n'a été consacré sur le plan international qu'en 1996 avec les traités additionnels de l'OMPI⁴³. En droit de l'Union européenne, il est réglementé dans les directives relatives aux programmes d'ordinateurs⁴⁴ et aux bases de données⁴⁵ pour ces deux catégories particulières d'œuvres, dans la

39. Art 5.5 directive 2001/29.

40. Infopaq II, *supra* note 23 au §56. Voir dans le même sens FAPL, *supra* note 17 au §181.

41. *Meltwater*, *supra* note 24 aux §57-59 :

[57] (L)es œuvres sont mises à la disposition des internautes par les éditeurs des sites Internet qui, eux, sont tenus ... d'obtenir une autorisation des titulaires des droits d'auteur concernés, cette mise à disposition constituant une communication au public au sens de (l'article 3.1. de la directive 2001/29).

[58] Les intérêts légitimes des titulaires des droits d'auteur concernés sont ainsi correctement sauvegardés.

[59] Dans ces conditions, il n'est pas justifié d'exiger des internautes qu'ils obtiennent une autre autorisation leur permettant de bénéficier de cette même communication déjà autorisée par le titulaire des droits d'auteur en cause.

42. Sauf pour les adaptations cinématographiques (voir l'art 14.1 de la Convention de Berne relatif au droit de « mise en circulation » des œuvres cinématographiques « adaptées ou reproduites » d'une œuvre littéraire et artistique).

43. Voir art 6(1) WCT et art 8(1) et 12(1) WPPT.

44. Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version consolidée de la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991).

45. Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

directive 2006/115 pour les titulaires de droits voisins⁴⁶ et dans la directive 2001/29 pour tous les auteurs.

2.1 Les éléments de définition

Le droit de distribution est défini en droit de l'Union comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire *toute forme de distribution au public*, par la vente ou autrement » de l'original ou de copies des œuvres⁴⁷ en matière de droit d'auteur, et comme « le droit exclusif de *mise à la disposition du public* des objets protégés, y compris de copies, par la vente ou autrement »⁴⁸ en matière de droits voisins. La différence de formulation (distribution/mise à disposition) n'emporte *a priori* aucune conséquence puisque les deux formules ont en principe en commun de ne viser que les objets tangibles dans lesquels s'incorpore l'œuvre ou la prestation protégée⁴⁹. Le considérant 28 de la directive 2001/29 précise en effet sans ambiguïté que le droit de distribution doit être entendu comme « le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre *incorporée à un bien matériel* », c'est-à-dire « de contrôler la revente de cet objet »⁵⁰.

2.1.1 La distribution implique un transfert de propriété

Contrairement aux traités de l'OMPI, qui limitent le droit de distribution aux cas d'aliénation du support « par la vente *ou autre transfert de propriété* »⁵¹, les directives européennes en prévoient l'application à toutes les hypothèses de distribution d'un support « par la vente *ou autrement* ». Conçu à l'origine comme une vaste pré-

46. Directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, version codifiée de la directive 92/100/CE du 19 novembre 1992 du même nom.

47. Art 4 directive 2001/29 ; les italiques sont nôtres.

48. Art 9.1 directive 2006/115 ; les italiques sont nôtres.

49. La « mise à disposition » dont il s'agit ici est donc clairement distincte du « droit de mise à disposition » interactive à la demande consacré à l'article 3 de la directive 2001/29, voir *infra* 3 Le droit de communication au public.

50. Voir aussi la définition du droit de distribution des titulaires de droits voisins de l'article 9 de la directive 2006/115 qui ne vise que les « objets » protégés, lesquels comprennent a) les *fixations* des exécutions des artistes-interprètes, b) les phonogrammes des producteurs de phonogrammes, c) des films des producteurs de films et d) des émissions des organismes de radiodiffusion, soit uniquement des objets tangibles ; les italiques sont nôtres.

51. Art 6 WCT et art 8 et 12 WPPT ; les italiques sont nôtres.

rogative incluant la location et le prêt⁵², le droit de distribution n'est donc pas, en principe, limité aux actes d'aliénation du support. La notion de distribution implique en effet traditionnellement l'octroi d'un pouvoir de disposition de fait ou de droit sur un exemplaire de l'œuvre, limité (prêt, location) ou non (vente, donation) dans le temps. La Cour de justice en a pourtant décidé autrement dans son célèbre arrêt *Peek & Cloppenburg c Cassina*. Elle a en effet jugé, à propos de copies de meubles de l'architecte Le Corbusier, que leur mise à la disposition des clients dans les espaces de repos d'un magasin ne constituait pas un acte de distribution au motif que ne relèvent de cette notion « que les actes qui impliquent exclusivement un transfert de propriété »⁵³.

2.1.2 Les relations entre le droit de distribution et les droits de prêt et de location

Le droit de distribution qui ne couvre que les hypothèses où l'objet corporel a été aliéné est dès lors complètement distinct des droits de prêt et de location consacrés par la directive 2006/115. Ces derniers s'entendent comme le droit exclusif de contrôler « la mise à disposition pour l'usage pour un temps limité ». La distinction entre distribution d'une part, prêt et location d'autre part, tient à la durée pour laquelle l'objet matériel dans lequel s'incorpore l'œuvre ou la prestation est mis à la disposition du public : durée limitée pour le prêt et la location, illimitée pour le droit de distribution. La location et le prêt se distinguent quant à eux du point de vue de la finalité de l'acte : la location est faite « pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect »⁵⁴, tandis qu'une telle finalité est exclue en matière de prêt. Le droit exclusif consacré en matière de prêt, non seulement ne s'applique qu'au prêt effectué « par des établissements accessibles au public »⁵⁵, mais peut être mué en un simple droit à rémunération⁵⁶, ce qui est en pratique le cas dans la majorité des États membres.

52. Voir l'art 4c) de la directive 2009/24 relative aux programmes d'ordinateurs qui réserve à l'auteur le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire « toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur ».

53. *Peek & Cloppenburg c Cassina*, C-456/06 (CJUE 17 avril 2008) au §36 [Peek & Cloppenburg].

54. Art 1.2 directive 2006/115.

55. Art 1.3 directive 2006/115.

56. Art 5 directive 2006/115.

2.1.3 La distribution s'étend à l'offre de vente

La CJUE a néanmoins assoupli par la suite la conception restrictive de la notion de distribution retenue dans l'arrêt *Peek & Cloppenburg* en admettant que des opérations ou des actes précédant ou suivant la conclusion du contrat de vente puissent relever de la notion de distribution et être réservés, à titre exclusif, aux titulaires du droit d'auteur. Elle a tout d'abord jugé que la distribution « se caractérise par une série d'opérations allant de la conclusion d'un contrat de vente à l'exécution de celui-ci par la livraison à un membre du public »⁵⁷. Elle a ensuite considéré que la distribution s'étend à la simple offre de vente⁵⁸, laquelle ne s'entend pas seulement de la sollicitation mais comprend également les opérations publicitaires⁵⁹. Elle a enfin estimé que l'atteinte au droit de distribution n'implique pas que l'offre de vente soit suivie de la conclusion effective d'un contrat de vente⁶⁰.

2.2 L'épuisement du droit de distribution

Contrairement aux autres droits économiques qui subsistent pendant toute la durée de protection, le droit de distribution est en quelque sorte éphémère. Il s'épuise en effet, pour chaque exemplaire de l'œuvre ou de l'objet protégé, à compter de la première vente dudit exemplaire pourvu que celle-ci soit effectuée par le titulaire du droit ou avec son consentement. Dégagé par la doctrine allemande, le principe de l'épuisement est à l'origine conçu comme un moyen de concilier les droits de l'auteur sur son œuvre et le droit de propriété de l'acquéreur du support. Il a trouvé une justification supplémentaire en droit de l'Union puisqu'il favorise la libre circulation des marchandises indispensable au fonctionnement du marché intérieur. L'épuisement du droit de distribution, non reconnu au niveau

57. *Donner*, C5/11 (CJUE 21 juin 2012) aux §26-27 ; *Blomqvist*, C-98/13 (CJUE 6 février 2014) au § 28.

58. *Dimensione Direct Sales c Knoll*, C-516/13 (CJUE 13 mai 2015) au §27 [Dimensione].

59. *Ibid* aux §28-30.

60. *Ibid* au §33 :

si la Cour a certes jugé, dans son arrêt *Peek & Cloppenburg* [...], que la notion de distribution au public de l'original de l'œuvre ou d'une copie de celle-ci, au sens de l'article 4.1 de la directive 2001/29, implique un transfert de propriété de cet objet, il n'en demeure pas moins qu'une atteinte au droit de distribution peut être constatée dès qu'il est proposé, au moyen d'une publicité ciblée, aux consommateurs situés sur le territoire de l'Etat membre dans lequel cette œuvre est protégée, d'acquérir la propriété de l'original ou d'une copie de celle-ci.

international⁶¹, fait partie de l'acquis communautaire⁶² et constitue une notion autonome soumise à l'interprétation uniforme de la CJUE.

2.2.1 La portée géographique de l'épuisement

L'épuisement fait disparaître pour l'avenir le droit exclusif de distribution : l'auteur ne peut plus contrôler la circulation des exemplaires de son œuvre mis en vente avec son consentement⁶³. Se pose néanmoins la question de savoir si cet épuisement est absolu ou si ses effets sont limités territorialement : l'épuisement a-t-il une portée nationale, régionale ou internationale ? La réponse détermine l'existence ou non d'un droit d'importation. En effet, si l'épuisement est national, le droit de distribution n'est épuisé que dans l'État dans lequel les exemplaires ont été mis en circulation avec le consentement de l'auteur, ce qui permet à ce dernier d'interdire les importations parallèles. À l'inverse, si l'épuisement est international, il intervient quel que soit le lieu de la première mise à disposition des exemplaires au public par la vente : dès lors qu'il a consenti à la commercialisation des exemplaires dans un État quelconque, l'auteur ne pourrait plus interdire les importations parallèles.

Tandis qu'aucune solution n'a pu être trouvée au plan international, le législateur de l'Union européenne a clairement pris parti contre l'épuisement international⁶⁴ en imposant aux États membres d'en limiter les effets au territoire de l'Union européenne⁶⁵. Certains d'entre eux⁶⁶, qui pratiquaient le système de l'épuisement international, ont été contraints de modifier leur législation. La Cour de justice a jugé que la règle de l'épuisement communautaire (donc régional) est impérative et que les États membres ne peuvent s'y soustraire⁶⁷.

61. En raison de l'échec des négociations lors de la procédure d'adoption des traités de l'OMPI, voir art 6.2 WCT.

62. Voir art 4c) directive 2009/24 (programmes d'ordinateur), art 5c) et 7.2b) directive 96/9 (bases de données), art 9.2 directive 2006/115 (droits voisins) et art 4.2 directive 2001/29 (société de l'information).

63. Et de ceux-là seulement : l'auteur peut s'opposer, sur le fondement de son droit de distribution, à la commercialisation des exemplaires mis sur le marché sans son consentement, et à celle des exemplaires qui seront confectionnés à l'avenir.

64. Voir le considérant 28 de la directive 2001/29 : « ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies hors de la Communauté ».

65. Plus exactement de l'Espace économique européen (EEE), c'est-à-dire, outre les États membres de l'Union européenne, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège (mais pas la Suisse).

66. Les Pays-Bas, le Portugal et les pays scandinaves

67. *Laserdisken c Kulturministeriet*, C-479/04 (CJUE 12 septembre 2006) au §27.

2.2.2 Application de l'épuisement à la « distribution » numérique en ligne

Dans son célèbre arrêt *UsedSoft*, la Cour de justice a admis que le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé lorsque le titulaire du droit autorise le téléchargement de cette copie à partir d'Internet, téléchargement assorti d'une licence d'utilisation conférée à titre onéreux et sans limitation de temps⁶⁸. La décision, légitimant la revente de « licences d'occasion », a été rendue sur le fondement de la directive 2009/24 que la Cour qualifie de *lex specialis* par rapport à la directive 2001/29 sur la société de l'information. La question s'est par conséquent rapidement posée de savoir si cette solution audacieuse pouvait être transposée aux autres catégories d'œuvres et d'objets protégés pour légitimer la revente d'occasion de fichiers audio ou vidéo, de livres électroniques ou de jeux vidéo commercialisés par téléchargement sans le truchement d'un support⁶⁹.

Elle n'a pas encore reçu de réponse de la part de la CJUE et la discussion reste vive au niveau national. En Allemagne, la question a surtout été envisagée sous l'angle de la licéité des conditions générales d'utilisation des sites commercialisant des livres numériques qui en interdisent la revente. Plusieurs tribunaux ont été saisis par une association de consommateurs d'une action visant à faire constater l'illicéité de telles clauses qui contreviendraient à la règle de l'épuisement du droit de distribution. Tous l'ont rejetée et jugé que l'interdiction de revente n'est pas contraire au principe de l'épuisement car ce dernier n'est pas applicable aux fichiers numériques obtenus par téléchargement, mais seulement aux exemplaires tangibles d'une œuvre⁷⁰. Aux Pays-Bas, comme aux États-Unis dans l'affaire *Redigi*, le litige soumis aux tribunaux opposait directement les titulaires de droits à l'exploitant d'une plate-forme de revente dénommée *Tom Kabinet*. Le juge de l'urgence refusa d'interdire la

68. *UsedSoft c Oracle*, C-128/11 (CJUE 3 juillet 2012) au §59.

69. Agnès Lucas-Schloetter, « La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur », dans Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter, François-Xavier Lucas (dir), *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas* (Paris, LexisNexis, 2014) aux pp 573-585.

70. 2012 ZUM 811 (Cour d'appel de Stuttgart 3 novembre 2011) ; [2014] ZUM 727 (Cour d'appel de Hamm, 15 mai 2014) ; 2015 ZUM 503 (Cour d'appel de Hambourg, 24 mars 2015), refusant de porter l'affaire devant la CJUE au motif qu'« il n'existe aucun doute quant à l'interprétation du droit de l'Union » sur ce point.

revente de livres électroniques légalement acquis, estimant que l'illicéité du site n'était pas évidente⁷¹. Peu après, les juges néerlandais ont, à propos d'un autre litige concernant le prêt public de livres électroniques en bibliothèque, saisi la CJUE de la question de savoir si l'épuisement du droit de distribution intervient lors de « la mise à disposition pour l'usage, à distance, par téléchargement, pour un temps illimité » d'une copie sous forme numérique d'œuvres protégées par le droit d'auteur⁷².

Si la CJUE ne s'est pas encore prononcée expressément sur la possibilité d'étendre la jurisprudence *UsedSoft* au-delà du cas particulier des programmes d'ordinateur, certains enseignements peuvent néanmoins être tirés de l'arrêt du 22 janvier 2015 rendu dans l'affaire *Art & Allposters*. Les faits de l'espèce étaient comparables à ceux de l'affaire *Théberge* jugée en 2002 par la Cour suprême du Canada, puisqu'il s'agissait de l'entoilage ou « transfert sur toile » d'une œuvre reproduite sur une affiche. Le litige ne concernait donc en rien la question de l'application de la règle de l'épuisement à la distribution numérique en ligne. La Cour y énonce néanmoins que « le législateur de l'Union, en utilisant les termes « bien matériel » et « cet objet », voulait donner aux auteurs le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union de chaque objet tangible qui incorpore leur création intellectuelle »⁷³ et que « l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur »⁷⁴. La décision, même si elle ne se prononce pas explicitement sur ce point, peut être interprétée comme excluant le jeu de l'épuisement lorsque la circulation de l'œuvre ne se fait pas par l'intermédiaire d'un exemplaire tangible.

71. [2015] CRi 2015 47 (Cour d'appel d'Amsterdam, 20 janvier 2015) au §3.5.5 : the Court of Appeal has to be cautious with regard to rewarding interim claims that prohibit the reselling of legally obtained e-books : the existing uncertainty regarding how a court hearing the case on the merits will decide on the infringement leads to the conclusion that the claims, insofar as relating to banning Tom Kabinet from exploiting a website [...] on which e-books are resold that are downloaded with the consent of the rights holder, are not admissible.

72. Demande de décision préjudicielle présentée par le Rechtbank Den Haag (Pays-Bas) le 17 avril 2015 – *Verniging Openbare Bibliotheken c Stichting Leenrecht*, C-174/15.

73. *Art & Allposters c Stichting Pictoright*, C-419/13 (CJUE 22 janvier 2015) au § 37.

74. *Ibid* au §40.

3. Le droit de communication au public

3.1 *Le droit de communication au public dans les textes*

Contrairement aux droits de reproduction et de distribution, pour lesquels la terminologie est uniforme et qui sont reconnus en termes quasiment identiques au bénéfice des auteurs et des titulaires de droits voisins, la notion de communication au public est polymorphe. Elle est prise ici dans son acception générique englobant toutes les formes d'exploitation des œuvres et objets protégés sous *forme incorporelle*. Il peut s'agir de l'exécution publique d'une œuvre ou de la transmission d'une œuvre radiodiffusée au moyen d'écrans et de haut-parleurs devant un public présent au même moment au même endroit (unité de temps et de lieu). Il peut s'agir aussi de la radiodiffusion ou retransmission d'une œuvre ou d'un programme à un public non présent au même endroit mais qui en prend connaissance au même moment (unité de temps mais pas de lieu). Il peut s'agir enfin de la mise à disposition des œuvres et objets protégés aux internautes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement (pas d'identité ni de temps ni de lieu). Ces différentes modalités d'exploitation sous forme incorporelle sont diversement appréhendées par le droit de l'Union européenne selon que sont en jeu les prérogatives de l'auteur ou celles des titulaires de droits voisins.

3.1.1 *Le droit de communication au public des auteurs*

L'article 3.1 de la directive 2001/29 consacre au bénéfice des auteurs :

le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.⁷⁵

75. L'harmonisation des exploitations sous forme incorporelle était, jusqu'à la directive 2001/29, très parcellaire. Le droit de l'Union européenne ne reconnaissait en effet aux auteurs que le droit exclusif d'autoriser la communication au public de leurs œuvres par satellite et leur retransmission par câble (voir les articles 2 et 8 de la directive 93/83/CE 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), ainsi que, dans le cas particulier des bases de données, le droit exclusif de faire ou d'autoriser « toute communication, exposition ou représentation au public » (art 5d) de la

Nonobstant la formulation volontairement large retenue par le législateur européen, ce droit ne porte que sur les communications indirectes, caractérisées par un élément de distance. Selon le considérant 23 de la directive 2001/29, le droit de communication au public s'entend en effet « comme couvrant toute communication au public *non présent* au lieu d'origine de la communication ». Le droit de récitation et d'exécution publique (*public performance*), qui est pourtant la plus ancienne prérogative reconnue à l'auteur en matière d'exploitation sous forme incorporelle⁷⁶, n'est donc pas harmonisé au sein de l'Union européenne. L'exclusion ne concerne cependant que les exécutions en « chair et en os », c'est-à-dire les hypothèses où le public est en contact physique direct avec les interprètes⁷⁷. La retransmission d'un programme radiodiffusé aux clients d'un pub relève en revanche du droit de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29⁷⁸. Cette disposition consacre donc le droit exclusif de l'auteur sur toute transmission de son œuvre à distance, les États membres demeurant libres de choisir une autre systématique lors de la transposition.

3.1.2 *Le droit de communication au public des titulaires de droits voisins*

S'agissant des titulaires de droits voisins, la situation est plus complexe dans la mesure où le sort des exploitations sous forme incorporelle de leurs prestations est réglé dans deux directives différentes. La directive 2006/115, s'inspirant directement de la Convention de Rome, consacre au bénéfice des artistes-interprètes le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la radiodiffusion et la communication au public de leurs exécutions en direct (*live performance*)⁷⁹ et un simple droit à rémunération lorsque la radiodiffusion ou la communication au public est faite à partir d'un phonogramme, rémuné-

directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données).

76. Voir les art 11 (œuvres dramatiques et musicales), 11ter (œuvres littéraires) et 14 (œuvres cinématographiques) de la Convention de Berne.

77. *Circus Globus București*, C-283/10 (CJUE 24 novembre 2011) au §37.

78. FAPL, *supra* note 17 au § 203 :

un tel élément de contact physique et direct est précisément absent en cas de transmission, dans un lieu tel qu'un café-restaurant, d'une œuvre radiodiffusée au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs au public qui est présent au lieu de cette transmission mais qui n'est pas présent au lieu d'origine de la communication (...), à savoir au lieu de la représentation radiodiffusée.

Voir dans le même sens *Sociedade Portuguesa de Autores CRL c Ministério Público*, C-151/15 (CJUE 14 juillet 2015) au §24 [Portuguesa].

79. Art 8.1 directive 2006/115.

ration à partager avec le producteur dudit phonogramme⁸⁰. Les organismes de radiodiffusion ne jouissent quant à eux d'un droit exclusif que pour la rediffusion de leurs émissions et pour la communication au public de leurs émissions lorsque cette dernière est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée⁸¹. Ces divers droits des titulaires de droits voisins couvrent également la communication au public par satellite et la retransmission par câble⁸². Contrairement aux auteurs, les titulaires de droits voisins ne jouissent pas d'un droit général de communication au public à distance englobant toutes les formes de communications indirectes. La directive 2001/29 ne leur confère en effet un droit exclusif que pour les mises à dispositions interactives.

3.1.3 *Le droit de mise à disposition interactive à la demande*

Le principal apport de la directive 2001/29 est la consécration d'un droit de mise à disposition interactive au profit tant des auteurs que des titulaires de droits voisins. Reprenant la solution retenue dans les traités additionnels de l'OMPI, le législateur européen a en effet choisi de soumettre l'exploitation des œuvres et prestations sur les réseaux à un droit spécifique⁸³. Ce droit de mise à la disposition du public est conçu comme une composante du droit de communication au public pour les auteurs, comme une prérogative spécifique pour les titulaires de droits voisins. Il a fait l'objet d'une consécration expresse dans la majorité des États membres⁸⁴, à l'exception notable de la France et des Pays-Bas où les droits patrimoniaux de l'auteur sont conçus de façon synthétique.

80. Art 8.2 directive 2006/115.

81. Art 8.3 directive 2006/115.

82. Voir les art 4 et 8 de la directive 93/83/CE 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.

83. Défini comme le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire « la mise à la disposition du public, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » de leurs œuvres pour les auteurs (art 3.1), des fixations de leurs exécutions pour les artistes-interprètes (art 3.2.a), de leurs phonogrammes pour les producteurs de phonogrammes (art 3.2.b), de l'original ou de copies de leurs films pour les producteurs des premières fixations de films (art 3.2.c) et des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite, pour les organismes de radiodiffusion (art 3.2.d).

84. Voir par exemple art 19a UrhG (Allemagne), art 20.2.b CPDA (Royaume-Uni), art 20.2.i TRLPI (Espagne).

3.2 *Le droit de communication au public dans la jurisprudence*

La CJUE s'est prononcée à de nombreuses reprises sur la notion de communication au public dont elle considère qu'il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union qui doit faire l'objet d'une interprétation uniforme⁸⁵. Onze décisions ont déjà été rendues qui concernent la notion de communication au public et au moins trois questions préjudicielles sont actuellement pendantes devant la CJUE⁸⁶. Celle-ci s'est prononcée sur l'installation d'appareils de télévision dans les chambres d'un hôtel (*SGAE, PPL*) ou d'un établissement thermal (*OSA*), sur la transmission d'un programme télévisuel au moyen d'un écran et de haut-parleurs dans un pub (*FAPL*), sur la diffusion d'une émission de radio à destination des patients d'un cabinet médical (*Del Corso*) ou des clients d'un café-restaurant (*Sociedade Portuguesa de Autores*), sur celle effectuée par un fournisseur de bouquet satellitaire (*Airfield*) ou sur la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre (*ITV Broadcasting*). Elle a également été saisie de la question de la licéité du *linking* et du *framing* au regard du droit d'auteur et des droits voisins (*Svensson, BestWater, CMORE Entertainment*).

Cette jurisprudence abondante n'est pas exempte de contradictions et la synthèse en est par conséquent délicate. La première difficulté porte sur le point de savoir si la notion de communication au public doit être interprétée de façon uniforme selon qu'elle porte sur le droit exclusif des auteurs (art 3.1 directive 2001/29) ou sur le droit à rémunération des titulaires de droits voisins (art 8 directive 2006/115), ou selon qu'il s'agit de la communication par satellite (art 1 directive 93/83) ou de la mise à disposition sur Internet (art 3 directive 2001/29). Dans un premier temps, la Cour de justice a estimé que :

compte tenu des exigences de l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence, les notions utilisées par l'ensemble de ces directives doivent avoir la même signification, à moins

85. *SGAE c Rafael Hoteles*, C-306/05 (CJUE 7 décembre 2006) au §35 [SGAE] et la jurisprudence postérieure.

86. Posées respectivement par le tribunal de première instance de Cologne (Allemagne) le 9 mars 2015, dans le litige *Reha Training GmbH c GEMA*, C-117/15 [Reha], la Cour suprême néerlandaise Hoge Raad le 7 avril 2015, dans le litige *GS Media BV c Sanoma Media*, C-160/15 et le tribunal de première instance de Midden-Nederland (Pays-Bas) le 30 septembre 2015, dans le litige *Stichting Brein c Wullems*, C-527/15.

que le législateur de l'Union n'ait exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente.⁸⁷

Elle a néanmoins changé d'opinion par la suite et considère désormais qu'une différence de traitement est légitime entre le droit exclusif des auteurs et le droit à rémunération des titulaires de droits voisins⁸⁸. La question se pose par conséquent de savoir quelle interprétation retenir lorsque l'acte querellé porte à la fois sur des œuvres protégées par le droit d'auteur et sur des prestations faisant l'objet d'un droit voisin⁸⁹.

3.2.1 L'acte de communication

La notion de communication est interprétée par la Cour de justice de manière très large « comme visant toute *transmission* des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés »⁹⁰. Pour qu'il y ait acte de communication, il suffit

87. FAPL, *supra* note 17 au §188, opérant un rapprochement entre les directives 2001/29 et 2006/115. Voir dans le même sens *Airfield c SABAM*, C-431/09 (CJUE 13 octobre 2011) [Airfield] à propos de la communication au public par satellite sur le fondement de la directive 93/83 : « les notions utilisées par cette directive doivent être interprétées à la lumière des règles et des principes établis par d'autres directives relatives à la propriété intellectuelle, telles que, notamment, la directive 2001/29 ».

88. *SCF c Marco del Corso*, C-135/10 (CJUE 15 mars 2012) au §74 [Del Corso] : « il résulte de la comparaison des articles 3.1 de la directive 2001/29 et 8.2 de la directive 92/100 que la notion de « communication au public » figurant dans ces dispositions est utilisée dans des contextes qui ne sont pas identiques et vise des finalités, certes similaires, mais toutefois en partie divergentes » ; *OSA c Léčebné lázně*, C-351/12 (CJUE 27 février 2014) au §35 [Osa] :

les principes tirés de l'arrêt SCF ne sont pas pertinents dans la présente affaire dès lors que ce dernier concerne non pas le droit d'auteur visé à l'article 3.1 de la directive 2001/29, mais le droit à caractère compensatoire des artistes interprètes, des exécutants et des producteurs de phonogramme qui est prévu à l'article 8.2 de la directive 2006/115.

89. Voir la question préjudicielle posée par le tribunal de première instance de Cologne le 9 mars 2015, dans l'affaire *Reha*, *supra* note 86, 3^{ème} question :

Dans des cas [...] dans lesquels l'exploitant d'un centre de rééducation installe dans ses locaux des appareils de télévision, auxquels il envoie un signal qui permet la réception d'émissions de télévision, convient-il d'apprécier la question de savoir s'il y a communication au public selon la notion de « communication au public » figurant à l'article 3.1 de la directive 2001/29 ou à l'article 8.2 de la directive 2006/115, lorsque les émissions dont la réception est rendue possible affectent les droits d'auteur et les droits protégés d'un grand nombre de parties intéressées, en particulier de compositeurs, de paroliers et d'éditeurs de musique, mais aussi d'artistes interprètes ou exécutants, de producteurs de phonogrammes et d'auteurs de textes ainsi que leurs éditeurs ?

90. FAPL, *supra* note 17 au § 193 ; Osa, *supra* note 88 au §25 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §13 ; les italiques sont nôtres.

« qu'une œuvre soit *mise à la disposition* d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir *accès* sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité »⁹¹. Indépendamment de ce critère purement objectif, la CJUE semble parfois exiger un élément subjectif de la part de l'utilisateur lorsqu'elle prend soin de vérifier qu'il est intervenu « en pleine connaissance des conséquences de son comportement »⁹² ou qu'il a « délibérément » transmis des œuvres radiodiffusées aux clients présents dans son établissement⁹³, sans que cet élément subjectif semble néanmoins pouvoir être considéré comme une condition impérative⁹⁴. La Cour insiste également, dans les hypothèses de (re)transmission de programmes radio ou télévisés aux clients ou patients d'un hôtel, d'un restaurant, d'un cabinet médical ou d'un établissement thermal, sur le rôle décisif/incontournable de l'hôtelier, du restaurateur ou du médecin sans l'intervention duquel les clients n'auraient pu avoir accès à l'œuvre ou la prestation protégée alors qu'ils se trouvent dans la zone de couverture de l'émission d'origine⁹⁵. Une telle intervention ne se confond pas avec la simple fourniture d'installations physiques ou l'intervention d'un moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de la transmission d'origine dans sa zone de couverture, laquelle ne constitue pas une communication⁹⁶. Quant à la circonstance que l'acte de communication a été réalisé à des fins lucratives, la Cour a parfois jugé qu'il s'agissait d'un critère « qui n'est pas dénué de pertinence »⁹⁷ ou, à l'inverse, « qui n'est pas déterminant »⁹⁸, après en avoir fait un véritable élément de définition du droit de communication au public des titulaires de droits voisins⁹⁹.

91. *Svensson c Retriever Sverige*, C-466/12 (CJUE 13 février 2014) au §19 [Svensson] ; les italiques sont nôtre.

92. SGAE, *supra* note 85 au §42 ; Del Corso, *supra* note 88 au §82 ; PPL *c Irlande*, C-162/10 (CJUE 15 mars 2012) au §31 [PPL] ; Osa, *supra* note 88 au §32.

93. FAPL, *supra* note 17 au §196 ; Osa, *supra* note 88 au §26 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §15.

94. Le critère subjectif n'est mentionné dans aucun des arrêts postérieurs concernant des exploitations sur Internet, interactives (Svensson, *supra* note 91, *Bestwater c Mebes & Potsch*, C-348/13 (CJUE 21 octobre 2014) [Bestwater]) ou non (*ITV Broadcasting c TV Catchup Ltd*, C-607/11 (CJUE 7 mars 2013) [ITV], *CMore Entertainment c Sandberg*, C-279-13 (CJUE 22 mai 2013).

95. SGAE, *supra* note 85 au §42 ; FAPL, *supra* note 17 au §195 ; Del Corso, *supra* note 88 au §82 ; PPL, *supra* note 92 au §31, Osa, *supra* note 88 au § 32 ; Portuguesa, *supra* note 78 aux §14-17.

96. Airfield, *supra* note 87 au §79 ; ITV, *supra* note 94 au §28.

97. FAPL, *supra* note 17 au §204 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §26.

98. ITV, *supra* note au §45.

99. Del Corso, *supra* note 88 au §89 ; PPL, *supra* note 92 au §36.

3.2.2 Le public

L'acte de communication une fois caractérisé, reste à vérifier que l'œuvre ou la prestation protégée est communiquée à un « public ». La CJUE considère, selon une jurisprudence constante, qu'il s'agit tout d'abord d'un « nombre indéterminé de destinataires potentiels »¹⁰⁰. Contrairement à la pratique qui prévaut dans la plupart des États membres où la notion de public est définie par opposition au caractère « privé » de la communication¹⁰¹, la Cour se concentre sur le nombre de personnes concernées. Ce dernier doit être non seulement indéterminé, mais également « assez important »¹⁰². La notion de public comporterait en effet « un certain seuil *de minimis*, [excluant] de cette notion une pluralité de personnes trop petite, voire insignifiante »¹⁰³. La condition a été considérée comme remplie pour les clients d'un hôtel¹⁰⁴ ou d'un café-restaurant¹⁰⁵, ainsi que pour les patients d'un établissement thermal¹⁰⁶, mais pas pour ceux d'un dentiste¹⁰⁷.

-
100. *Mediakabel BV c Commissariaat voor de Media*, C-89/04 (CJUE 2 juin 2005) au §30 [Mediakabel] ; *Lagardère Active Broadcast c SPRE*, C-192/0431 (CJUE 14 juillet 2005, au §31) [Lagardère] ; SGAE, *supra* note 84 au §37 ; Del Corso, *supra* note 88 au §84 ; PPL, *supra* note 92 au §33 ; ITV, *supra* note 94 au §31 ; Svensson, *supra* note 91 au §21 ; Osa, *supra* note 88 au §27 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §19.
101. Le caractère privé est quant à lui défini par un critère spatial (dans la sphère domestique) ou en prévision des relations existant entre les membres du groupe. Voir Water-Lewinski, *supra* note 34 au §11.3.44 : « the term “public” may be circumscribed as any use made of copyright subject matter, which is not a private one. “Private” for its turn, is a use within a circle of close relatives, close friends, or close acquaintances ».
102. *Mediakabel*, *supra* note 100 au §30 ; *Lagardère*, *supra* note 100 au §31 ; SGAE, *supra* note 85 au §38 ; *Del Corso*, *supra* note 88 au §84 ; PPL, *supra* note 92 au §33 ; ITV, *supra* note 94 au §32 ; Svensson, *supra* note 91 au §21 ; OSA, *supra* note 88 au §27 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §19.
103. *Del Corso*, *supra* note 88 au §86 ; PPL, *supra* note 92 au §35.
104. SGAE, *supra* note 85 au §38 ; PPL, *supra* note 92 au §42.
105. Portuguesa, *supra* note 78 au §20.
106. Osa, *supra* note 88 aux §29 et 30 :
 [29] un établissement thermal est susceptible d'héberger, à la fois au même moment et successivement, un nombre indéterminé, mais assez important, de personnes pouvant recevoir les radiodiffusions dans leur chambre
 [30] la simple circonstance que les patients d'un établissement thermal y sont généralement hébergés pendant une période plus longue que ne le sont les clients dans un hôtel n'est pas de nature à infirmer cette constatation, dès lors que, par les effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès de tels patients, celle-ci est toujours susceptible de concerner un nombre de personnes assez important.
107. *Del Corso*, *supra* note 88 au §96 : « s'agissant des clients d'un dentiste, cette pluralité de personnes est peu importante, voire insignifiante, étant donné que le cercle de personnes présentes simultanément dans son cabinet est, en général, très limité ».

Outre ce contestable critère quantitatif, contraire à la pratique qui prévalait jusqu'à présent au niveau national dans les États membres¹⁰⁸, la CJUE a également, dans ses deux arrêts du 15 mars 2012, posé la condition supplémentaire que le public soit « réceptif » à la communication « et non capté par hasard »¹⁰⁹. La condition n'a cependant pas été reprise dans les arrêts ultérieurs.

3.2.3 Un public nouveau

L'acte de communication doit par ailleurs, selon la CJUE, s'adresser à un public nouveau, c'est-à-dire « 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 »¹¹⁰. Ce critère du nouveau public ne trouverait cependant pas à s'appliquer lorsque la communication seconde, subséquente ou concomitante à la communication initiale, « se fait suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine »¹¹¹. On peut néanmoins estimer qu'il n'y a pas là de véritable exception à l'exigence d'un public nouveau¹¹², mais que la transmission de l'œuvre suivant un mode technique spécifique (en l'espèce, radiodiffusion terrestre d'une part, mise à disposition sur Internet d'autre part) permet de considérer que le public visé par la première ne coïncide pas avec celui de la seconde et implique donc *de facto* l'existence d'un nouveau public¹¹³.

108. Dans certains États membres, les juges nationaux ont déjà commencé à tenir compte de la jurisprudence de la CJUE et utilisent désormais ce critère quantitatif. Voir par exemple en Allemagne, BGH 17 septembre 2015, I ZR 228/14 – *Ramses*, [2016] GRUR 71 ; BGH 18 juin 2015, I ZR 14/14 – *Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen*, [2016] GRUR-Prax 17 ; OLG Frankfurt a. M. 20 janvier 2015, GRUR-Prax 2015, 190.

109. Del Corso, *supra* note 88 au §91 ; PPL, *supra* note 92 au §37.

110. SGAE, *supra* note 85 aux §40 et 42 ; FAPL, *supra* note 17 au §197 ; Airfield, *supra* note 87 au §72 ; PPL, *supra* note 92 au §51 ; Osa, *supra* note 88 au §31 ; Svensson, *supra* note 91 au §24 ; Bestwater, *supra* note 94 au §14 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §21.

111. ITV, *supra* note 94 au §26.

112. Malgré la présentation qui en est faite par la Cour sous forme d'alternative. Voir par exemple Bestwater, *supra* note 94 au §14 : « une œuvre protégée doit être communiquée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un public nouveau ».

113. Voir en ce sens ITV, *supra* note 94 au §39 :
chacune de ces deux transmissions doit être autorisée individuellement et séparément par les auteurs concernés étant donné que chacune d'elles est effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et *chacune destinée à un public*.

Appelé au départ à la rescousse comme simple indice pour confirmer l'existence d'un acte de communication relevant du droit exclusif de l'auteur¹¹⁴, le nouveau public a par la suite été érigé en condition *sine qua non*. La Cour considère en effet désormais que, « pour relever de la notion de « communication au public », au sens de l'article 3.1 de la directive 2001/29, l'œuvre radiodiffusée *doit* être transmise à un public nouveau »¹¹⁵. Le critère du « nouveau public » se substitue ainsi, en matière de rediffusions, à celui de « l'autre organisme » figurant dans la Convention de Berne à propos des retransmissions de signaux¹¹⁶.

Cette substitution n'a pas eu, dans un premier temps, de conséquences redoutables puisque la condition était immanquablement considérée comme remplie et la solution finalement identique à celle à laquelle aurait conduit l'application du droit international conventionnel. La Cour considère en effet que, « dès lors qu'une transmission d'une œuvre radiodiffusée se fait dans un lieu accessible au public à l'intention d'un public supplémentaire qui est admis *par le détenteur de l'appareil de télévision* à bénéficier de l'écoute ou de la visualisation de l'œuvre, une telle intervention délibérée doit être considérée comme un acte par lequel l'œuvre en question est communiquée à un public nouveau »¹¹⁷.

La consécration de l'exigence d'un nouveau public comme élément constitutif du droit de communication au public s'est en revanche avérée lourde de conséquences lorsqu'il s'est agi de se prononcer sur des actes d'utilisation autres que les rediffusions d'émissions de radio ou de télévision. Dans l'affaire *Svensson*, la CJUE a ainsi considéré que, lorsqu'une œuvre est librement accessible à tous les visiteurs potentiels d'un site puisque l'accès n'y est soumis à « aucune mesure restrictive », la fourniture d'un lien cliquable, alors pourtant qu'il s'agit d'un acte de communication s'adressant à un public, ne

114. SGAE, *supra* note 85 aux §40 et 42 ; PPL, *supra* note 92 au §51.

115. Portuguesa, *supra* note 78 au §21 ; les italiques sont nôtres. La formulation des arrêts précédents était moins impérative : « pour relever [...] encore faut-il que l'œuvre radiodiffusée soit transmise à un public nouveau » (FAPL, *supra* note 17 au §197 ; OSA, *supra* note 88 au §31).

116. Art 11bis(1)(ii) de la Convention de Berne. Le critère du nouveau public est tiré des explications données par le *Guide de la Convention de Berne* édité par l'OMPI, à propos des retransmissions par haut-parleur ou tout autre instrument transmetteur de signes, de sons ou d'images, hypothèse qui relève quant à elle de l'article 11bis(1)(iii) de ladite Convention.

117. FAPL, *supra* note 17 au §198 ; Portuguesa, *supra* note 78 au §22 ; les italiques sont nôtres.

relève pas du droit exclusif, faute pour le fournisseur de lien de s'adresser à un nouveau public¹¹⁸.

Une telle solution, sans doute opportune politiquement, est néanmoins difficilement compatible avec la règle de non-épuiement du droit de communication au public¹¹⁹ ou en réduit à tout le moins singulièrement la portée. Elle est basée sur le postulat que tous les contenus mis en ligne sans mesure de restriction sont, non seulement potentiellement, mais aussi effectivement accessibles à toute la communauté des internautes, sans égard pour l'effet d'élargissement du public ayant concrètement accès à l'œuvre grâce à l'hyperlien¹²⁰. La solution a été consacrée tant pour le *linking* que pour le *framing*, la circonstance que l'œuvre protégée apparaît, dans ce cas, en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site sur lequel se trouve ce lien alors qu'elle provient en réalité d'un autre site étant indifférente¹²¹.

La Cour de justice a ainsi, dans l'arrêt *Svensson*, considérablement élargi la notion d'*acte* de communication en l'assimilant à la fourniture d'un accès à l'œuvre mais, dans le même temps, réduit le champ d'application du *droit* de communication au public lorsque l'œuvre a été mise à la disposition du public sur Internet sans restriction. La question se pose néanmoins de savoir si la liberté de poser des liens vaut également lorsque l'œuvre a été mise en ligne de façon illégale. La référence constante que fait la Cour au « public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale » permet sans doute de conclure *a contrario* que la fourniture de l'accès à une œuvre mise en ligne sans le consentement des ayants droit, quelles qu'en soient les modalités techniques, est un acte réservé relevant du droit de communication au

118. *Svensson*, *supra* note 91 au §27.

119. Voir l'art 3.3 directive 2001/29.

120. Une telle conception abstraite du public qui coïnciderait nécessairement avec toute la communauté des internautes dès lors que les contenus sont librement accessibles ne convainc pas. De nombreux contenus mis en ligne seraient en pratique introuvables sans le secours d'un moteur de recherche ou d'un catalogue d'hyperliens (ou un portail de liens BitTorrent).

121. *Svensson*, *supra* note 91 aux §29-30 ; *Bestwater*, *supra* note 94 aux §17 et 19 : le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la « transclusion » ne peut pas être qualifié de 'communication au public' au sens de l'art. 3.1 de la directive 2001/29, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine.

public¹²². La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle sur ce point¹²³.

CONCLUSION

Les droits patrimoniaux de l'auteur et des titulaires de droits voisins sont sans doute le domaine où l'harmonisation européenne est la plus accomplie. En ce qui concerne les droits de reproduction, de distribution et de location, l'harmonisation est complète et les droits identiques pour les auteurs et les titulaires de droits voisins¹²⁴. S'agissant du droit de communication au public en revanche, le législateur européen n'est pas allé jusqu'à une assimilation totale des deux catégories de titulaires et le régime des droits d'exploitation sous forme incorporelle demeure, comme en droit international, très hétérogène.

L'harmonisation des droits économiques comporte cependant des lacunes : le choix d'exclure du processus d'harmonisation les communications directes faites à un public présent en même temps au même endroit apparaît critiquable d'un point de vue méthodologique car l'harmonisation ne devrait pas être limitée aux seuls aspects touchant à l'exploitation des œuvres en ligne sur les réseaux, même si tel était l'objectif de la directive 2001/29 sur la société de l'information. De même, le silence du législateur de l'Union européenne sur le droit d'adaptation, traditionnellement conçu comme intégrant un droit de traduction, n'est pas justifié, et ce d'autant moins que ce droit a vocation à s'appliquer dans l'environnement numérique.

122. Voir en ce sens BGH 9 juillet 2015, 12R46-12, *Die Realität II*, [2016] GRUR-Prax 16.

123. Demande de décision préjudicielle présentée par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) le 7 avril 2015 – *GS Media BV c Sanoma Media Netherlands BV*, C-160/15, voir les questions 1.a et 1.b :

1.a Le fait, pour une personne autre que le titulaire du droit d'auteur, de renvoyer, en plaçant un hyperlien sur un site Internet qu'elle exploite, à un autre site Internet exploité par un tiers accessible à l'ensemble des internautes sur lequel l'œuvre est mise à la disposition du public sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est-il une « communication au public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ?

1.b Le point de savoir si l'œuvre n'a pas déjà été mise d'une autre manière auparavant à la disposition du public avec l'accord du titulaire du droit d'auteur a-t-il une incidence sur la réponse à la question précédente ?

124. À l'exception des organismes de radiodiffusion qui ne jouissent pas du droit de location.

L'approche retenue dans le Code européen du droit d'auteur du Projet Wittem apparaît à cet égard préférable puisqu'il consacre successivement au profit des auteurs :

1. un droit de reproduction (qui n'inclut les reproductions provisoires qu'autant qu'elles ont « une signification économique indépendante ») ;
2. un droit de distribution ;
3. un droit de location ;
4. un droit de communication au public divisé en trois catégories (exécution, radiodiffusion, mise à disposition) mais formulé de telle façon que l'énumération n'a pas de caractère exhaustif ;
5. un droit d'adaptation incluant toute forme d'arrangement et de traduction.

