



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

AVIS

Proposé au COMITE EXECUTIF et adopté
lors de sa réunion du 17 SEPTEMBRE 2014
sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union
européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du
public et de la communication au public

Synthèse

Le 13 février 2014, la CJUE a rendu dans l'affaire *Svensson*¹ une décision marquante sur la question de savoir si la fourniture d'hyperliens pointant vers des objets protégés par le droit d'auteur nécessite l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. A cette occasion, le présent Avis commente divers critères définis par la Cour en matière de communication au public tout en développant les parties pertinentes de la déclaration que l'ALAI a présentée avant cette décision dans son Avis du 15 septembre 2013². Dans l'affaire *Svensson*, la CJUE s'est prononcée sur la question suivante :

« si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que constitue un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture, sur un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres protégées disponibles sur un autre site Internet, étant entendu que, sur cet autre site, les œuvres concernées sont librement accessibles. »

La CJUE a estimé que la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un «acte de communication» d'une œuvre et la communication de cette dernière à un «public»³. En l'espèce, la CJUE, tout en répondant correctement par l'affirmative à la question fondamentale de savoir si la fourniture d'un hyperlien constitue une mise à disposition/communication (interactive) – à l'instar de la position exposée dans l'Avis précité de l'ALAI du 15 septembre 2013 –, a dans la même décision, s'agissant de la question de savoir si cet acte constitue une communication « au public », confirmé un certain nombre d'autres décisions récentes par lesquelles elle a introduit un critère problématique de « public

· Le groupe d'étude qui propose le rapport et l'avis est présidé par Jan Rosén ; les membres en sont : Valérie-Laure Bénabou, Mihály Ficsor, Jane Ginsburg, Igor Gliha, Silke von Lewinski, Juan José Marin, Antoon Quaedvlieg, Pierre Sirinelli et Uma Suthersanen. Des commentaires supplémentaires ont été apportés par Johan Axhamn, Paolo Marzano et Edouard Treppoz.

¹ CJUE, 13 février 2014, affaire C-466/12, Nils Svensson et autres c/ Retriever Sverige AB.

² ALAI, 15 septembre 2013, *Rapport relatif à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet*, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf> ; également publié dans les revues EIPR (2014) 36(3) 149 et NIR Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 5/2013 p. 512 et s.

³ Au point 16, qui cite la jurisprudence antérieure de la Cour : arrêt du 7 mars 2013, ITV Broadcasting e.a., C-607/11, non encore publié au Recueil, points 21 et 31.

nouveau », circonscrit entre autres par un nouveau critère, tout aussi problématique, de « mode technique spécifique ».

Le critère de « public nouveau » développé par la CJUE dans sa jurisprudence qui interprète le droit exclusif de communication au public⁴ est en contradiction avec les traités internationaux et les directives de l'UE. Énoncé d'abord dans l'environnement hors ligne pour justifier l'application du droit de communication au public à certaines retransmissions d'émissions de télévision, ce critère, tel qu'appliqué ultérieurement par la Cour, est incompatible avec le droit de communication au public prévu par la Convention de Berne et par les traités WCT et WPPT de l'OMPI ainsi qu'avec les dispositions de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Le critère de « public nouveau » tel qu'il est appliqué dans l'affaire *Svensson*, a pour effet l'épuisement injustifié du droit exclusif d'autoriser la communication au public des œuvres mise à disposition par leurs auteurs ou par d'autres ayants droit sur des sites accessibles à tous. De plus, dans la mesure où l'arrêt *Svensson* indique que le critère de « public nouveau » ne s'appliquera pas si la mise à disposition de l'œuvre est assortie de restrictions, cette décision risque d'établir une obligation de réserver les droits ou de protéger les œuvres et autres objets par des mesures techniques de protection, en violation de l'interdiction par la Convention de Berne des formalités qui régissent l'exercice des droits exclusifs.

En conclusion, l'application dans l'arrêt *Svensson* du critère de « public nouveau » est contraire :

- aux articles 11.1)ii), 11*bis*.1), 11*ter*.1)ii), 14.1) et 14*bis*.1) de la Convention de Berne
- à l'article 8 du traité WCT
- aux articles 2, 10, 14 et 15 du traité WPPT
- à l'article 3 de la Directive de l'UE sur le droit d'auteur dans la société de l'information
- à des décisions antérieures de la CJUE, et
- aux règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

L'arrêt *Svensson* est également fondé sur une interprétation erronée de l'ancienne (1978) Guide de la Convention de Berne.

Il risque de mener à une procédure de règlement des différends de l'OMC et à une condamnation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC en raison de son incompatibilité avec la Convention de Berne.

Dans la mesure où l'arrêt *Svensson* a pu être motivé par la crainte qu'un autre résultat ne nuise au développement optimal de la communication numérique, c'est une idée fautive. Il existe d'autres moyens plus appropriés que celui auquel la CJUE a eu recours dans l'affaire

⁴ Aff. C-306/05, SGAE ; aff. C-135/10, Del Corso ; aff. C-607/11, TVCatchup.

Svensson pour préserver le rôle des hyperliens dans le fonctionnement de base d'Internet sans violer ou mal interpréter les normes internationales fondamentales du droit d'auteur.

L'ALAI tient à contribuer à un dialogue constructif en présentant dans un proche avenir son opinion sur la manière d'encourager de nouveaux moyens de communication sans assécher et épuiser les sources de création.

Rapport et Avis

L'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) a, lors de la réunion du 15 mars 2014 de son Comité exécutif, constitué un groupe d'étude ayant pour mandat d'analyser les ramifications de l'affaire *Svensson* concernant le critère de « public nouveau » (ainsi que la condition de « mode technique spécifique ») en tant que limitation du champ d'application général des droits exclusifs de communication au public/mise à disposition du public reconnus aux auteurs et aux titulaires de droits voisins.

Connaissance prise du rapport du groupe d'étude, le Comité exécutif a adopté le texte ci-après développant le rapport et l'avis du Comité exécutif de l'ALAI, adoptés le 15 septembre 2013 à Cartagena, Colombie, où sont analysés trois phénomènes distincts : (i) la communication au public, (ii) la mise à la disposition du public, et (iii) la notion de public ; cette analyse étant suivie d'une déclaration/conclusion (iv) portant plus particulièrement sur les liens hypertextes et les liens automatiques (voir www.alai.org).

Le présent rapport porte uniquement sur le critère de « public nouveau », tel qu'il a été introduit et employé par la CJUE, et sur son incompatibilité avec le droit d'auteur international. Mais l'ALAI, tout en étant profondément attachée à l'application correcte des normes internationales en matière de droit d'auteur, souhaite également promouvoir des solutions réalistes aux questions complexes des utilisations sur Internet concernées par le droit d'auteur et les droits voisins. Par conséquent, le Comité exécutif de l'ALAI a constitué un nouveau groupe d'étude chargé d'analyser ces questions et de présenter son rapport lors de la réunion de mars 2015 du Comité exécutif.

1. Introduction

La CJUE a, depuis son arrêt de 2006 dans l'affaire *SGAE c/ Rafael Hoteles*, établi plusieurs critères pour définir la notion de « communication au public ». Le présent rapport analyse principalement le critère de « public nouveau » et conclut que ce critère est contraire au droit international.

Le recours par la CJUE au critère de « public nouveau » doit être considéré à la lumière des principes de base du droit d'auteur correspondant aux normes internationales établies notamment par la Convention de Berne⁵, par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)⁶ et par le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)⁷ (ces deux derniers traités étant souvent désignés sous le nom de « traités Internet de

⁵ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée pour la dernière fois à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979.

⁶ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), adopté à Genève le 20 décembre 1996.

⁷ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adopté à Genève le 20 décembre 1996.

l'OMPI »). Les deux derniers instruments ont été adoptés pour répondre à la nécessité de veiller à ce que soient maintenus dans « l'environnement numérique » des niveaux de protection adéquats⁸.

La principale et plus importante directive de l'UE, qui sert également à assurer une transposition harmonisée au niveau européen des traités WCT et WPPT, est la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information⁹. Le double but qui consiste à stimuler la création d'œuvres et à reconnaître la contribution que les auteurs apportent à la société en leur assurant une récompense tout en favorisant la diffusion de leurs œuvres, compte tenu notamment de l'évolution technique, est affirmé par plusieurs considérants de cette directive¹⁰. Des déclarations semblables figurent dans le préambule du traité WCT¹¹ et du traité WPPT¹². Par conséquent, se trouvent au cœur du système du droit d'auteur la création et la diffusion de contenus créatifs dans l'intérêt des auteurs et de la société tout entière ainsi que la nécessité de trouver un juste équilibre entre ces intérêts¹³. Ce double objectif a également été souligné par la CJUE¹⁴.

⁸ Ces objectifs étaient désignés à l'époque sous le nom d'« agenda numérique ». Voir notamment Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, n° 1.45 et s.

⁹ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167, 22/06/2001, p. 10-19.

¹⁰ Selon le considérant 31 de la directive 2001/29 : « Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. » Cf. le considérant 4 qui énonce : « Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux, et favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels. Ce processus permettra de sauvegarder des emplois et encouragera la création de nouveaux emplois. » Voir également le considérant 2 qui affirme que « [l]e droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle important dans ce contexte, car ils protègent et stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif. »

¹¹ Figurent dans le préambule du traité WCT les déclarations suivantes : « Reconnaissant la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique », « Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne » et « Reconnaissant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques ».

¹² Figurent dans le préambule du traité WPPT les déclarations suivantes : « Reconnaissant la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique », « Reconnaissant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la production et l'utilisation des interprétations ou exécutions et des phonogrammes » et « Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information ».

¹³ Axhamn, *Exceptions, limitations and collective management of rights as vehicles for access to information*, in *Access to Information and Knowledge, 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance* (éd. Beldiman, 2013), p. 164.

¹⁴ Voir notamment affaires jointes C-403/08 et C-429/08, FAPL, point 179.

2. Textes internationaux pertinents

La Convention de Berne et les traités WCT et WPPT de l'OMPI consacrent le droit de communication au public ainsi que son corollaire, le droit de mise à disposition du public. Les dispositions pertinentes de ces textes prévoient :

Convention de Berne

Article 11

1) Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser :

...

ii) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.

...

Article 11bis

1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :

i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images ;

ii) toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine ;

iii) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

...

Article 11ter

1) Les auteurs d'œuvres littéraires jouissent du droit exclusif d'autoriser :

...

ii) la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres.

...

Article 14

1) Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser :

i) l'adaptation et la reproduction cinématographiques de ces œuvres et la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduites ;

ii) la représentation et l'exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites.

...

Article 14bis

1) Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale. Le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique jouit des mêmes droits que l'auteur d'une œuvre originale, y compris les droits visés à l'article précédent.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)

Article 8

Droit de communication au public

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)ii), 11bis.1)i) et ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser 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 de manière individualisée.

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)

Article 2

Définitions

Aux fins du présent traité, on entend par :

...

g) « communication au public » d'une interprétation ou exécution ou d'un phonogramme la transmission au public, par tout moyen autre que la radiodiffusion, des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou des sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme. Aux fins de l'article 15, le terme « communication au public » comprend aussi le fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme.

Article 10

Droit de mettre à disposition des interprétations ou exécutions fixées

Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Article 14
Droit de mettre à disposition des phonogrammes

Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Article 15
**Droit à rémunération au titre de la radiodiffusion
et de la communication au public**

1) Les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes ont droit à une rémunération équitable et unique lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public.

2) Les Parties contractantes peuvent prévoir dans leur législation nationale que la rémunération équitable unique doit être réclamée à l'utilisateur par l'artiste interprète ou exécutant ou par le producteur du phonogramme, ou par les deux. Les Parties contractantes peuvent adopter des dispositions législatives fixant les conditions de répartition de la rémunération équitable unique entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes faute d'accord entre les intéressés.

3) Toute Partie contractante peut déclarer, dans une notification déposée auprès du directeur général de l'OMPI, qu'elle n'appliquera les dispositions de l'alinéa 1) qu'à l'égard de certaines utilisations, ou qu'elle en limitera l'application de toute autre manière, ou encore qu'elle n'appliquera aucune de ces dispositions.

4) Aux fins du présent article, les phonogrammes mis à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce.

**Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du
droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information**

Article 3

**Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du
public d'autres objets protégés**

1. Les États membres prévoient pour les 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.

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :

- a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;
- b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;
- c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;
- d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

Article 8 Sanctions et voies de recours

...

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par une infraction commise sur son territoire puissent intenter une action en dommages-intérêts et/ou demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue ainsi que, le cas échéant, demander la saisie du matériel concerné par l'infraction ainsi que des dispositifs, produits ou composants visés à l'article 6, paragraphe 2.

3. Absence de pertinence du critère de « public nouveau » dans les conventions internationales et la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information

Aucun des textes précités n'énonce une limitation du champ d'application du droit de communication au public (y compris le droit de mise à disposition) fondée sur la notion de « public nouveau ». L'article 11*bis*.1)ii) de la Convention de Berne fait entrer dans le champ général du droit de communication au public les transmissions secondaires effectuées par une autre entité de communication ; ce texte peut être considéré comme corroborant l'exigence d'un *communicateur nouveau* en cas de nouvelle transmission d'une radiodiffusion antérieure, mais il ne dit rien sur le public qui reçoit cette nouvelle transmission. De plus, une limitation fondée sur la notion de « public nouveau » serait incompatible avec l'article 8 WCT qui comble les interstices des différents droits de communication au public consacrés par la Convention de Berne en prévoyant « toute communication au public » sans distinction entre les transmissions primaires et secondaires.

Les travaux préparatoires de la Convention de Berne – mentionnés à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme étant l'un des principaux moyens complémentaires d'interprétation – vont eux aussi à l'encontre d'une éventuelle limitation fondée sur la notion de « public nouveau ». Lors des débats relatifs aux retransmissions, on s'était inquiété de ce que l'organisme de radiodiffusion d'origine qui relayait une transmission à travers plusieurs fuseaux horaires risquait d'être obligé de payer deux fois un acte susceptible d'être considéré comme entrant dans le cadre de la radiodiffusion d'origine. On avait donc proposé de distinguer les actes nécessitant une nouvelle autorisation de ceux compris dans l'autorisation initiale selon que la transmission atteigne ou non un « nouveau public ». Mais les délégués présents à la conférence de révision de Bruxelles de 1948 sont parvenus à la conclusion que cette distinction, et d'autres variantes sur le même thème, serait impraticable et le concept a donc été rejeté¹⁵.

Les traités internationaux ont force obligatoire pour l'interprétation de la directive. L'article 9.1 de l'accord sur les ADPIC dispose : « Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 et à l'Annexe de la Convention de Berne (1971) [...] ». L'accord sur les ADPIC a été approuvé au nom de la Communauté européenne¹⁶. Les traités WCT et WPPT ont été approuvés au nom de la Communauté par décision du Conseil du 16 mars 2000¹⁷. Dans l'affaire *Football Association Premier League*¹⁸, la CJUE a estimé que :

« [...] ledit article 3, paragraphe 1, [de la directive sur le droit d'auteur] doit être interprété, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, et en particulier en tenant compte de la convention de Berne et du traité sur le droit d'auteur. En effet, la directive sur le droit d'auteur vise à mettre en œuvre ce traité qui oblige, à son article 1^{er}, paragraphe 4, les parties contractantes à se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la convention de Berne. La même obligation est par ailleurs prévue à l'article 9, paragraphe 1, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (voir, en ce sens, arrêt SGAE, précité, points 35, 40 et 41 ainsi que la jurisprudence citée). »

Le critère de « public nouveau », en plus d'être introuvable dans le texte des instruments internationaux régissant la matière, ne peut pas être décelé dans l'article 3 de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, texte qui met en œuvre les traités de l'OMPI. La CJUE a en fait interpolé le critère de « public nouveau » sur la base d'une mauvaise compréhension et d'une interprétation erronée du *Guide de la Convention de Berne*

¹⁵ Voir l'examen de cette question par Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, n° 12.26, 12.27 (2006).

¹⁶ Décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO 1994 L 336, p. 1). Voir aff. C-306/05 du 7 décembre 2006, SGAE, points 3 à 5.

¹⁷ Décision 2000/278/CE du Conseil du 16 mars 2000 (JO 2000 L 89, p. 6). Voir aff. C-306/05 du 7 décembre 2006, SGAE, point 7.

¹⁸ CJUE, 4 octobre 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League*, point 189.

de l'OMPI de 1978¹⁹. Mais avant de nous pencher sur l'*ancien Guide de l'OMPI* et d'évoquer, lorsqu'il y aura lieu, le *nouveau Guide de l'OMPI* de 2003²⁰, nous examinerons les décisions de la CJUE qui énoncent le critère de « public nouveau ».

4. « Public nouveau »

4a. Evolution de la jurisprudence de la CJUE qui limite l'application du droit de communication au public aux communications qui visent un « public nouveau »

Dans l'arrêt *SGAE* de la CJUE, le concept de « public nouveau » apparaît pour la première fois au point 40 :

40 Il y a également lieu de relever qu'une communication opérée dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal s'analyse, selon l'article 11 bis, premier alinéa, sous ii), de la convention de Berne, comme *une communication faite par un organisme de retransmission différent de l'organisme d'origine*. Ainsi, une telle transmission se fait à *un public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre, c'est-à-dire à un public nouveau*. (Italiques ajoutés.)

En réalité, le mot « Ainsi » ne constitue pas une suite logique : le fait que la communication soit effectuée par un organisme de radiodiffusion distinct ne veut pas dire que le public visé par cette communication doit être « distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre ». Dans le contexte de l'arrêt *SGAE*, ce *non sequitur* ne semblait pas encore pernicieux car la Cour paraît toujours employer la notion de « public nouveau » dans le sens d'un public auquel l'œuvre est communiquée par un *nouvel acte* de communication au public. Cette notion est apparue, en accord avec la lettre et l'esprit de l'article 11bis de la Convention de Berne, au renfort d'une compréhension extensive (et non restrictive) de la notion de communication au public pour couvrir la distribution d'un signal de télévision par un hôtel aux clients installés dans les chambres de l'hôtel.

Mais dans l'affaire *Del Corso*, la CJUE a commencé à détacher la notion de « public nouveau » de son contexte initial dans lequel cette notion avait été appelée en renfort de la qualification de communication « au public » de l'acte concerné. Cette fois, la Cour a procédé à un raisonnement *a contrario* : en l'absence d'un « public nouveau », la retransmission ne se ferait pas « au public »²¹. Il est vrai que l'arrêt *Del Corso* – comme l'a bien souligné la Cour

¹⁹ « Guide de la Convention de Berne », publication de l'OMPI, versions anglaise, espagnole et française : N° 615 (E), N° 615 (S) et N° 615 (F) (ci-après « ancien Guide de l'OMPI »).

²⁰ « Guide des Traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et glossaire du droit d'auteur et des droits connexes », publication de l'OMPI, versions anglaise, espagnole et française : N° 891 (E), N° 891 (S) et N° 891 (F) (ci-après « nouveau Guide de l'OMPI »).

²¹ La Cour a assorti cette glose infondée d'une autre condition non étayée elle aussi par des textes internationaux ou européens : l'existence d'un « public nouveau » peut dépendre de la question de savoir si le nouvel acte de transmission a été effectué dans un but lucratif. Pour déterminer si une communication aux patients dans la salle d'attente d'un cabinet dentaire constituait une communication pertinente, la Cour a estimé déterminant le

elle-même²² – a été rendu dans une affaire relative aux droits voisins dont l'issue n'oblige pas nécessairement à apporter les mêmes solutions dans des affaires mettant en cause le droit d'auteur ; par conséquent, la compatibilité de cette jurisprudence avec l'article 11*bis*.1) de la Convention de Berne n'est techniquement pas en cause. Il convient toutefois de noter que dans la mesure où les notions – « communication » et « au public » – sont identiques, on crée une énorme confusion si l'interprétation et la signification de ces notions sont fonction de leur application au droit d'auteur et à un droit exclusif ou, comme dans l'affaire *Del Corso*, à un droit voisin et à un droit à rémunération. D'autant que les arguments avancés par la Cour pour justifier cette distinction sont vagues et théoriques.

Toutefois, à la différence de la situation dans l'affaire *Del Corso*, c'est le droit d'auteur même qui était en jeu dans l'affaire *Svensson*. En l'espèce, la Cour a cherché à déterminer si l'œuvre en cause a été communiquée à un public nouveau. Or, la mise à disposition de l'œuvre via des liens cliquables ne conduit pas, aux yeux de la Cour, à un public nouveau.

25 En l'occurrence, il doit être constaté que la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable, telle celle au principal, ne conduit pas à communiquer les œuvres en question à un public nouveau.

26 En effet, le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, sachant que l'accès aux œuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement.

27 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que, lorsque l'ensemble des utilisateurs d'un autre site auxquels les œuvres en cause ont été communiquées au moyen d'un lien cliquable pouvaient directement accéder à ces œuvres sur le site sur lequel celles-

caractère non lucratif de la communication. *SCF/Marco del Corso*, C-135/10, points 90, 97 et surtout 99. Les droits en cause dans l'affaire *Del Corso* étaient certes des droits voisins, mais la Cour avait déjà introduit le critère de « but lucratif » dans son arrêt *FAPL* (CJUE, 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Football Association Premier League, points 205 et 206) portant, lui, sur le droit d'auteur même. Toutefois, dans ce dernier arrêt, la Cour de justice semble s'intéresser au caractère lucratif uniquement en tant qu'indice d'une intervention délibérée de la partie à but lucratif visant à transmettre des signaux à un public supplémentaire. Dans l'affaire *Del Corso*, la Cour va beaucoup plus loin. Elle permet à l'utilisateur d'invoquer l'absence de but lucratif en tant que moyen de défense contre une action en violation de droits voisins.

Cet argument ne peut en aucun cas être avancé comme moyen de défense dans une action en violation du droit d'auteur ou en violation des droits voisins. L'application du critère de « but lucratif » est fondamentalement contraire aux normes régissant la matière. On attirera l'attention notamment sur les articles 10.1)ii), 11*bis*.1), 11*ter*.1)ii) et 14.1)ii) de la Convention de Berne, les articles 3 f) et g), 7.1a) et 12 de la Convention de Rome, l'article 14.1) de l'accord sur les ADPIC, l'article 8 du traité WCT, les articles 2 f) et g), 8 a), 10, 14 et 15.1) du traité WPPT et également désormais les articles 2 c) et d), 6 i), 10 et 11 du Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles ainsi que l'article 8 de la Directive location et droits voisins, les articles 1.1) à 3), 2, 4 et 8 de la Directive satellites et câble et l'article 3 de la Directive société de l'information de même que les déclarations communes, considérants et tous les travaux préparatoires de ces traités et directives. Strictement rien n'indique que la notion de « communication au public » et les éventuelles sous-catégories de cette notion, telles que la radiodiffusion, la retransmission sans fil, la retransmission par fil ou la mise à disposition du public, peuvent être comprises comme étant limitées à la « communication à caractère lucratif ».

²² Cf. *SCF/Marco del Corso*, C-135/10, points 74-77 ; voir également *OSA/Léčebné lázně Mariánské Lázně*, C-351/12, point 35.

ci ont été communiquées initialement, sans intervention du gérant de cet autre site, les utilisateurs du site géré par ce dernier doivent être considérés comme des destinataires potentiels de la communication initiale et donc comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale.

A cet égard, la décision de la CJUE du 19 décembre 2013 dans l'affaire C-202/12, *Innoweb/Wegener*, concernant un métamoteur de recherche dédié et les droits conférés par la directive de 1996 sur les bases de données, présente un contraste révélateur avec l'affaire *Svensson*. La CJUE a estimé en l'espèce que le métamoteur de recherche dédié réutilisait des contenus tirés de la base de données d'origine. (Le droit de « réutilisation » prévu par la directive sur les bases de données est généralement considéré comme le pendant du « droit de mise à disposition » dans la directive sur la société de l'information.) Pourtant, à bien des égards, le métamoteur de recherche dédié ne proposait guère plus qu'un lien de cadrage (certes sophistiqué) montrant le contenu de la base de données d'origine. Le traitement incohérent par la CJUE de l'activité de cadrage aboutit paradoxalement à une interprétation de la directive sur les bases de données qui assure même aux bases de données protégées par le droit *sui generis* à raison des investissements consentis une meilleure protection qu'aux œuvres de l'esprit dont la CJUE refuse la même protection au titre du droit d'auteur.

4b. Incompatibilité du critère de « public nouveau » avec les normes internationales et les directives de l'UE

La CJUE a présenté le critère de « public nouveau » comme s'il découlait de l'article 11*bis*.1)ii) de la Convention de Berne²³. Mais il n'en est rien. Cette disposition de la Convention de Berne ne parle nullement d'un « public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre ». Elle se lit simplement comme suit :

Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :
...
toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, *lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine* ;
(Italiques ajoutés.)

Le texte de cette disposition est limpide. Il n'impose qu'une seule condition : la retransmission par fil ou sans fil doit être faite par un organisme autre que celui d'origine. Cette retransmission peut s'adresser au même public, à une partie du même public, au même public ou à une partie du même public ensemble avec un public non visé par la radiodiffusion d'origine, ou encore à un public tout à fait nouveau. Les actes prévus aux sous-alinéas ii) et iii) – communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée – sont reconnus comme

²³ Dans l'affaire C-306/05, SGAE, du 7 décembre 2006, point 40 (cité *supra*).

étant de nouveaux actes de communication au public du fait qu'ils consistent en une nouvelle exploitation de l'œuvre par un organisme distinct de l'organisme de radiodiffusion d'origine. C'est en cela qu'ils sont nouveaux et pas parce que la communication s'adresse à un public non visé par le premier acte de radiodiffusion. Puisque le texte de la disposition est clair, il ressort des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁴ que la condition selon laquelle le droit de communication par fil ou sans fil de l'œuvre radiodiffusée ne s'appliquerait que lorsque la communication vise un « public nouveau » est sans fondement.

Le critère de « public nouveau », tel qu'exposé par la CJUE, semble substituer la notion de « communication à un *public nouveau* » à celle de « *nouvelle (ou nouvel acte de) communication au public* ». Mais le texte de l'article 11*bis*.1) fait apparaître sans équivoque que le droit de radiodiffusion visé au sous-alinéa i), le droit de retransmission par fil ou sans fil de l'œuvre radiodiffusée par un autre organisme que celui d'origine visé au sous-alinéa ii) et le droit de communication publique « par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée » visé au sous-alinéa iii) sont des droits distincts, non pas du fait que chacun de ces trois cas de figure implique un public nouveau (ce qui pourrait très bien ne pas être le cas), mais parce qu'ils constituent un *nouvel acte* de communication. Comme cela a déjà été indiqué ci-dessus à propos des textes conventionnels, l'article 8 du traité WCT comble les interstices des différents droits de communication au public consacrés par la Convention de Berne en prévoyant « toute communication au public » sans distinction entre les transmissions primaires et secondaires. Si le terme « communication au public » est employé au sens large de l'article 8 du traité WCT, il s'ensuit que *toute* retransmission de l'œuvre radiodiffusée – par opposition à l'acte de radiodiffusion originaire – constitue un nouvel acte de communication au public et il en est de même d'un acte de « communication publique » de l'œuvre radiodiffusée. Par ailleurs, l'article 8 du traité WCT ne se limite pas aux nouvelles

²⁴ Article 31. Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32. Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

communications d'émissions de radiodiffusion ; cette disposition s'applique (sans préjudice de l'application aux émissions de radiodiffusion de l'article 11*bis* de la Convention de Berne) aux transmissions initiales et ultérieures indépendamment des techniques employées pour effectuer les transmissions initiales et ultérieures. Ainsi, rien dans le traité WCT, ou dans le traité WPPT, ne permet d'exclure les transmissions ultérieures destinées au même public que celui qui était en mesure de recevoir la transmission initiale.

La transformation par la CJUE dans l'affaire *Svensson* du concept de « public nouveau », qui cesse d'être une *justification* de l'application du droit de communication au public pour se muer en *limitation* du champ de ce droit, a l'effet infondé et illégitime d'épuiser le droit de communication au public ; ou plutôt le champ de ce droit est *réduit* dès le début par la Cour. Selon l'arrêt *Svensson*, dès lors que l'œuvre est accessible à « l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné », c'est-à-dire, dans le cas des sites qui n'appliquent aucune mesure restrictive, à l'ensemble des internautes, l'auteur ou l'ayant droit ne peut plus invoquer le droit de communication au public pour interdire d'autres mises à disposition de l'œuvre via Internet, notamment par la fourniture de liens ou de cadres, même si ces actes assurent des revenus aux fournisseurs des liens ou des cadres.

Certes, « l'épuisement », ou la réduction de l'étendue des droits minima, qui résulte de l'arrêt *Svensson* a une portée limitée puisqu'il ne concerne pas toutes les applications du droit de communication au public mais a l'effet d'un épuisement du droit de mise à disposition à partir du site web source au moyen de l'établissement d'un lien. Il signifie néanmoins qu'un auteur qui, sans prendre aucune mesure restrictive, publie des œuvres sur un site web ne peut ni maintenir pour lui-même ni accorder à un tiers une exclusivité pour ce mode d'exploitation aussi longtemps que perdure ce premier acte d'exploitation. Par conséquent, le droit d'exploitation sur Internet est sérieusement amputé d'une manière sans précédent dans le domaine du droit d'auteur ou de n'importe quel autre droit de propriété intellectuelle et ce au moment même où le réseau Internet est rapidement en train de devenir le principal marché d'exploitation des œuvres de l'esprit. Ce point sera développé ci-après.

S'agissant plus particulièrement des œuvres mises à disposition sur des sites web librement accessibles, l'extension de fait par la CJUE de l'épuisement des droits – épuisement qui aux termes des traités internationaux et des directives de l'UE ne concerne que le droit de distribution à l'exclusion de tout autre droit – est contraire aux traités internationaux sur le droit d'auteur et aux normes de l'UE. L'article 3.3 de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information prévoit explicitement que : « Les droits visés aux paragraphes 1 [toute communication au public y compris la mise à la disposition du public] et 2 [la mise à la disposition du public] ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article. ». L'article 4 de cette même directive ne prévoit que l'épuisement d'un seul droit visé par la directive : le droit de distribution. Il s'ensuit *a contrario* que dans le cas des autres droits visés par la directive, aucun épuisement ne s'applique à ces droits.

Le *nouveau Guide de l'OMPI* de 2003 confirme ces conclusions et précise que ne serait acceptable aucune interprétation de l'article 11*bis*.1)ii) qui suggérerait ce qui a été rejeté, à juste titre, par le Comité exécutif de l'Union de Berne, à savoir qu'il serait loisible de soumettre l'application du droit de communication au public (notamment sous la forme de la rediffusion ou de la retransmission par câble) à un critère, tel que celui de la communication à un « public nouveau », *non* prévu par la Convention²⁵.

L'introduction, par la CJUE, du concept de « public nouveau » va donc beaucoup plus loin qu'une simple différence d'interprétation du droit de communication au public. Elle modifie fondamentalement ce concept. L'exercice du droit de communication au public ressemble désormais à une renonciation *erga omnes* (ou du moins à une renonciation à l'égard de tous ceux qui font partie du public visé) plutôt qu'à une *autorisation* accordée au cocontractant. Ainsi, cette construction de la licence et/ou de son résultat change fondamentalement non seulement la nature et le sens de la notion de communication au public mais également les contrats d'autorisation des droits visant le même acte d'exploitation. Entre autres, il deviendra impossible dans la pratique d'octroyer des licences exclusives puisque les tiers seront toujours autorisés à communiquer à nouveau les œuvres une fois qu'elles ont été communiquées au même public pour la première fois.

Il en résulte que l'actuelle interprétation de la notion de *communication au public* au sein de l'Union européenne pourrait être contestée dans le cadre de l'accord sur les ADPIC comme étant incompatible avec le droit de communication au public prévu par la Convention de Berne.

4c. Mauvaise compréhension et interprétation erronée, dans l'affaire *Svensson*, de la référence faite au « public nouveau » dans l'*ancien Guide de l'OMPI*

Si le critère de « public nouveau » ne peut être trouvé ni dans les textes internationaux ni dans les directives de l'UE, sur quoi est-il fondé ? La Cour a en effet dégagé le critère de « public nouveau », non pas du texte de la Convention de Berne ou d'un autre instrument international, mais exclusivement de l'*ancien Guide de l'OMPI*, publié en 1978, qui ne prétend pas constituer une « interprétation authentique » de la Convention de Berne. La référence que fait l'*ancien Guide* au « nouveau public » intervient de toute façon non pas à propos de la retransmission par fil ou sans fil d'œuvres radiodiffusées, mais dans le contexte de l'explication de la raison pour laquelle la communication par haut-parleur de l'œuvre radiodiffusée constitue un acte de communication au public nécessitant une autorisation²⁶. Dans l'affaire *SGAE c/ Rafael Hoteles*, la Cour dit :

²⁵ Voir le *nouveau Guide de l'OMPI* (voir *supra* note 20), p. 77-78.

²⁶ La version originale en français de l'*ancien Guide* précise :

41 En effet, comme l'explique le guide de la convention de Berne, document interprétatif élaboré par l'OMPI qui, sans avoir force obligatoire de droit, contribue cependant à l'interprétation de ladite convention, l'auteur, en autorisant la radiodiffusion de son œuvre, ne prend en considération que les usagers directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. Selon ce guide, dès lors que cette captation se fait à l'intention d'un auditoire plus vaste, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public réceptonnaire est admise à bénéficier de l'écoute ou de la vision de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur ou instrument analogue n'est plus la simple réception de l'émission elle-même, mais un *acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public*. Ainsi que le précise ledit guide, cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser. (Italiques ajoutés.)

Dans son arrêt *SGAE*, la Cour reconnaît le contexte de l'évocation d'un « public nouveau » par l'*ancien Guide*, puis n'en tient pas compte. Les références faites par le *Guide* à un auditoire nouveau ou différent, ou à un nouveau public différent de celui que l'auteur avait en vue lors de l'autorisation de la première diffusion, ont pour objet de préciser pourquoi il est justifié de considérer les retransmissions par *haut-parleur* comme étant des actes indépendants nécessitant dans chaque cas une autorisation distincte.

D'abord, le *Guide* ne fait que poser la question de savoir « si la permission de radiodiffuser [téléviser] une œuvre qui est accordée au poste émetteur englobe ou non toute utilisation quelconque de l'émission, et entre autres la communication publique par haut-parleur, surtout si des buts lucratifs viennent à être poursuivis. La Convention y répond par la négative »²⁷.

« De la même façon que dans le cas où la réception d'une émission est suivie d'une communication publique visant un nouveau cercle d'auditeurs [ou de téléspectateurs], **soit au moyen d'une nouvelle émission soit au moyen d'une transmission par fil (voir 1° et 2° de l'alinéa 1))** la communication publique par haut-parleur (ou instrument analogue) est **considérée comme atteignant un nouveau public, différent de celui que l'auteur avait en vue lorsqu'il autorisait la radiodiffusion de son œuvre**. En effet, bien que par définition la radiodiffusion puisse atteindre un nombre indéterminé de personnes, l'auteur en autorisant ce mode d'exploitation de son œuvre ne prend en considération que les usagers directs ; c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. A partir du moment où cette captation se fait à l'intention **d'un auditoire se situant sur une plus large échelle, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public réceptonnaire est admise à bénéficier de l'écoute** [ou de la vision] de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur (ou instrument analogue) n'est plus la simple réception de l'émission elle-même mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est **communiquée à un nouveau public**. Cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser. » (Gras ajouté.)

La version anglaise prévoit :

« Just as, in the case of a relay of a broadcast by wire, an additional audience is created (paragraph (1) (ii)), so, in this case too, the work is made perceptible to listeners (and perhaps viewers) other than those contemplated by the author when his permission was given. Although, by definition, the number of people receiving a broadcast cannot be ascertained with any certainty, the author thinks of his licence to broadcast as covering only the direct audience receiving the signal within the family circle. Once this reception is done in order to entertain a wider circle, often for profit, an additional section of the public is enabled to enjoy the work and it ceases to be merely a matter of broadcasting. The author is given control over this new public performance of his work. »

²⁷ *Ancien Guide de l'OMPI* (voir *supra* note 19), p. 80, points 11^{bis}.11-12.

Ainsi, la possibilité qu'il n'y ait pas de *communication au public* n'est même pas mentionnée dans le *Guide*. Si le *Guide* évoque la question de la permission ou de l'autorisation (licence) accordée c'est uniquement pour expliquer pourquoi la Convention de Berne prévoit un droit minimum distinct pour la communication publique par haut-parleur ou instrument analogue, à savoir, notamment, parce qu'il s'agit d'un acte distinct par lequel l'œuvre est communiquée à un public que l'auteur n'avait pas précédemment « en vue » lorsqu'il a donné son autorisation²⁸. Mais ni la Convention de Berne ni le Guide de la Convention ne traitent de la concession de licences en tant que telle, pas plus qu'ils ne font de la notion de « public nouveau » une condition du droit distinct prévu par la Convention.

Ce n'est pas l'approche adoptée par la CJUE dans l'affaire *Svensson* : la Cour semble simplement estimer que l'existence d'un public nouveau est une condition du droit en ce sens que si une communication ne s'adresse pas à un public nouveau, elle ne relève même pas de la notion de « communication au public »²⁹.

L'*ancien Guide de l'OMPI* était extrêmement restrictif quant aux circonstances dans lesquelles il n'y avait « aucun public nouveau ». Il les limitait au seul cas des détenteurs d'« appareils de réception » qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captaient les émissions par haut-parleur, approche que la Cour de justice suivait encore au point 41 précité de l'arrêt *SGAE*. Il est clair que l'élargissement ultérieur dans l'arrêt *Svensson* du cercle de personnes ne constituant « aucun public nouveau », qui passe du cercle privé ou familial autour d'un même appareil de réception au public quasi illimité du réseau Internet, va au-delà de l'éventuelle marge d'interprétation offerte par le texte de l'*ancien Guide de l'OMPI*. Transposé à l'environnement numérique, ce que proposait l'*ancien Guide* est minime. Il ne comprend que la possibilité pour un internaute qui visite le site d'origine de montrer aux membres de sa famille ou de sa sphère privée ce qui s'affiche sur *l'écran d'ordinateur* (ou sur l'écran plus grand d'un téléviseur connecté) constituant son « appareil de réception ».

Rien dans l'*ancien Guide de l'OMPI* ne permet de voir dans la référence faite au « public nouveau » une sorte d'exclusion de la retransmission du champ de la communication au public. Une telle lecture est hors contexte et trompeuse.

Par conséquent, les arrêts de la CJUE auraient été en conformité avec la Convention de Berne uniquement si la Cour avait employé le concept de « public nouveau » pour signifier un public autre que le cercle familial ou privé auquel l'œuvre est communiquée par un *nouvel acte de communication* au public (que les œuvres concernées aient ou non déjà été communiquées au même public ou à une partie du même public).

²⁸ *Ancien Guide de l'OMPI* (voir *supra* note 19), p. 80, point 11^{bis}.12.

²⁹ *Svensson*, point 24.

Enfin, il convient de relever que l'assimilation de la « communication sur Internet » à un « mode technique » opérée par la Cour ainsi que son corollaire selon lequel l'accessibilité sans restriction signifie que « l'ensemble des visiteurs potentiels du site » constitue le public initial sont plus que problématiques. Ils sont notamment en contradiction avec les décisions antérieures de la Cour qui distinguent la simple accessibilité (l'ensemble des visiteurs potentiels d'un site) de l'action de cibler un public particulier³⁰. Si le droit de communication au public devait être réputé inapplicable en cas de nouvelle communication de l'œuvre au même public visé (un résultat qui, comme on le montrera dans la partie suivante, est contraire aux normes internationales et communautaires), il aurait fallu à tout le moins que la Cour ne déclare pas grossièrement que ce public est constitué de l'ensemble des utilisateurs d'« Internet ». Si le réseau Internet est le « mode technique » concerné, c'est alors un « mode » tellement vaste qu'il est presque dénué de sens.

5. Limitation du critère de « public nouveau » au même « mode technique spécifique »

Dans l'affaire *TVCatchup*, la CJUE a complété le critère de « public nouveau » par celui de « mode technique spécifique ». Cette affaire, tout comme l'affaire *Svensson*, concernait l'utilisation d'œuvres sur Internet, quoique d'une manière différente. Dans ce litige, le radiodiffuseur ITV soutenait que la société TVCatchup avait violé les droits sur ses émissions en communiquant ces émissions au public par le procédé de transmission électronique (sous forme de « streaming »). Du point de vue du critère de « public nouveau », une caractéristique assez pertinente du système de TVCatchup était que les utilisateurs du système pouvaient regarder uniquement les émissions diffusées en continu qu'ils avaient le droit de regarder du fait qu'ils détenaient une licence de télévision valable dans le même pays, c'est-à-dire le Royaume-Uni. Il était également pertinent que les revenus de TVCatchup étaient dérivés de la publicité présentée avant que l'utilisateur puisse regarder l'émission diffusée en continu, de même que sont tirés de la publicité les revenus des services d'agrégation qui mettent à disposition des œuvres au moyen d'hyperliens, comme le faisait le service dans l'affaire *Svensson*.

D'une part, la CJUE – en s'appuyant sur des arguments peu clairs – confirme le critère de « public nouveau » appliqué dans les précédentes affaires, quoique de nature différente. D'autre part, elle introduit pour le concept de communication au public un nouveau critère inconnu des traités internationaux et des directives de l'UE : le critère de « mode technique spécifique ». Elle le fait notamment au point 26 de l'arrêt *TVCatchup* :

26 Étant donné qu'une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre se fait suivant un mode technique spécifique qui est *différent de celui de la communication d'origine*, elle doit

³⁰ Voir, notamment, dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, aff. C-173/11, *Football Dataco c/ Sportsradar*, et aff. C-5/11, *Donner*, et, dans le domaine des marques, aff. C-324/09, *L'Oréal c/ eBay*.

être considérée comme une «communication» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Par conséquent, une telle retransmission ne saurait échapper à l'autorisation des auteurs des œuvres retransmises lorsque celles-ci sont communiquées au public. (Italiques ajoutés.)

Ainsi, le critère de « public nouveau » est maintenu dans des situations où le même procédé technique est employé pour effectuer les transmissions ultérieures ; le droit de communication au public ne s'applique à ces retransmissions que si elles s'effectuent par des modes techniques spécifiques qui sont différents de celui de la communication d'origine. L'application conjointe des critères de « public nouveau » et de « mode technique spécifique » dans l'affaire *TVCatchup* neutralise en effet le premier critère et laisse donc intact le droit de communication au public.

Mais dans l'affaire *Svensson*, le critère de « mode technique spécifique » ne pouvait pas rétablir le droit de communication au public puisque la Cour a estimé que le même mode – en l'occurrence Internet – a été employé pour accéder au site web d'origine, que ce soit en passant directement par l'URL du site ou en suivant un hyperlien vers le contenu protégé du site.

24 Cela étant, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, pour relever de la notion de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, encore faut-il qu'une communication, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, visant les mêmes œuvres que la communication initiale et ayant été effectuée *sur Internet à l'instar de la communication initiale, donc selon le même mode technique*, soit adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public [renvois omis, italiques ajoutés].

En abandonnant le critère de « public nouveau » lorsque la communication se fait suivant un mode technique différent, la glose de la CJUE dans l'affaire *TVCatchup*, si elle atténue certains des problèmes qui se posent lorsque le « public nouveau » est considéré comme un facteur limitant, n'en révèle pas moins l'incohérence de la démarche erronée de la Cour consistant à tirer ce critère de l'analyse de l'article 11*bis*.1)iii) faite par l'*ancien Guide de l'OMPI*. Le type de communication envisagé dans l'*ancien Guide de l'OMPI* impliquait par définition un moyen technique différent : une transmission primaire par radiodiffusion retransmise par haut-parleur. Comme l'indique le commentaire de l'*ancien Guide*, la première communication par ondes hertziennes visait les domiciles privés ; la retransmission par haut-parleur vise des lieux publics. Il s'agit donc de moyens techniques différents pour atteindre des publics dans des lieux différents. Selon la lecture faite par la CJUE, la nature du public est indifférente si la communication se fait suivant un mode technique différent. Mais, dans ce cas, le critère de « public nouveau » n'a plus de sens dans l'exemple même qui a servi de fondement à l'introduction du critère de « public nouveau » puisque cet exemple concerne en fait des modes techniques différents.

Le texte de la Convention de Berne s'oppose également à un critère de « mode technique différent ». L'article 11*bis*.1)ii) de la Convention prévoit un droit exclusif non seulement en cas de retransmission par câble mais également en cas de rediffusion, c'est-à-dire de retransmission sans fil, et donc selon le même « mode spécifique » que celui utilisé pour la radiodiffusion. Or, la Convention de Berne prévoit deux droits distincts et reconnaît donc qu'il y a deux actes distincts. Il importe peu que la communication ultérieure s'effectue selon des modes techniques différents ou selon le même mode technique, c'est-à-dire – dans le cas de l'article 11*bis*.1)ii) – par fil ou sans fil.

Par ailleurs, si l'on appliquait le raisonnement de la CJUE, la retransmission constituerait un acte d'exploitation distinct et partant une violation du droit d'auteur si *le même* organisme retransmettait une émission de radiodiffusion par le biais d'un mode technique différent, alors que la Convention de Berne entendait expressément que cette utilisation reste libre.

Cela montre de manière non équivoque que le critère de « mode technique spécifique » est en contradiction avec les normes internationales du droit d'auteur concernant aussi bien l'étendue des droits minima de communication au public et de mise à disposition du public que les règles de l'UE qui les mettent en œuvre. Il n'existe aucun élément de ces normes ou règles, ou des travaux préparatoires les concernant, qui soit susceptible de conforter ce critère.

6. Liens qui contournent des mesures de restriction

La précision supplémentaire de la CJUE, qui modifie les critères de « public nouveau » et de « mode technique différent » lorsque l'auteur a restreint l'accès au site web à l'origine de la première mise à disposition de l'œuvre, est également en contradiction avec les normes internationales.

La CJUE, dans son arrêt *Svensson*, définit un autre critère correctif : si l'accès à l'œuvre est restreint, ceux qui y accèdent en violation des mesures de restriction constituent un « public nouveau ». Au point 31 de son arrêt, elle précise :

31 En revanche, dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public. *Tel est le cas, notamment, lorsque l'œuvre n'est plus à disposition du public sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou qu'elle l'est désormais sur ce site uniquement pour un public restreint, alors qu'elle est accessible sur un autre site Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur.* (Italiques ajoutés.)

Il ressort de la phrase en italiques que l'effet d'épuisement peut être évité soit en diffusant l'œuvre initialement avec des mesures de restriction, soit en imposant par la suite des restrictions d'accès depuis le site source, voire en retirant entièrement le contenu du site source initial. Le retrait ou des restrictions appliquées postérieurement à la mise à disposition rétabliraient pleinement le droit de communication au public à l'égard du contenu qui a été retiré ou auquel l'accès a été restreint car, dans ces conditions, tout accès par voie d'hyperliens remplirait la condition de « public nouveau ».

En effet, si la pose d'un lien n'est plus possible du fait des mesures de restriction ou parce qu'il n'y a plus rien à lier, alors le droit de communication au public permet de contrôler (ou d'autoriser) la fourniture de liens. Mais cette variante du critère de « public nouveau » n'a finalement aucun sens car il ne sert à rien d'avoir un droit d'autoriser des actes qui de toute façon ne peuvent pas être accomplis. L'intérêt d'un droit est de permettre d'interdire des activités auxquelles tout le monde pourrait se livrer si le droit n'existait pas.

7. Corrections apportées par la CJUE au critère de « public nouveau », lesquelles sont également en conflit avec le droit international

La CJUE a apporté deux corrections au critère de « public nouveau ». La première précise qu'aucun public nouveau n'est nécessaire lorsque la communication est effectuée par un mode technique spécifique différent ; la deuxième vient ajouter qu'aucun mode technique spécifique différent n'est nécessaire en cas de communication sur Internet (dont le public est considéré comme étant le même public) lorsque l'accès est restreint. Il semble en être ainsi même si la CJUE emploie des termes qui renvoient au critère de « public nouveau » car, « ainsi, [le lien] constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale ».

Ces corrections n'atténuent pas le conflit que posent avec les normes internationales du droit d'auteur et les règles de l'UE qui les mettent en œuvre les critères de « public nouveau » et de « mode technique spécifique » définis par la CJUE. Au contraire, si la manière d'éviter l'application de l'exclusion fondée sur le critère de « public nouveau » consiste à restreindre l'accès au site, la forme que doivent prendre les mesures de restriction n'est absolument pas claire. Faudra-t-il que l'auteur impose des restrictions techniques ou suffira-t-il de déclarer quelque part sur le site web que l'auteur n'autorise pas l'établissement de (certains types de) liens ?

Si ces mesures étaient constituées de déclarations de réserve des droits, la prescription de la CJUE risquerait de violer une autre norme internationale fondamentale du droit d'auteur, à

savoir l'interdiction de subordonner l'exercice du droit d'auteur à l'accomplissement de formalités (art. 5.2) de la Convention de Berne).
