

[publié dans I.R. D.I. 2014, liv. 4, 685-69]

L'EXCEPTION DE COPIE PRIVÉE DANS LES NUAGES

Hakim HAOUIDEG et Stijn DEBAENE

1. L'évolution technologique n'a de cesse d'engendrer une évolution de notre droit, particulièrement en matière de propriété intellectuelle.

La décision annotée illustre parfaitement cette mouvance. C'est la raison principale qui justifie sa publication et les quelques observations qui suivent, bien que la décision soit frappée d'appel.

Bhaalu est un système permettant à ses utilisateurs de réaliser des copies de leurs programmes favoris d'une manière différente de celle utilisée jusqu'alors: les programmes ne sont plus copiés sur l'enregistreur relié à la télévision mais ailleurs, sur des serveurs bien loin du salon familial.... dans le nuage.

La copie ainsi réalisée s'affranchit de l'enregistreur familial et peut dès lors être consultée par celui qui l'a réalisée à partir de n'importe quel appareil connecté à l'internet. En outre, les capacités de stockages se trouvent démultipliées par rapport à celles offertes par l'enregistreur familial, de même que les fonctionnalités offertes à l'utilisateur (comme la possibilité, en quelques clics, d'enregistrer toute une série de programmes, voire tous les programmes d'une ou de plusieurs chaînes).

2. Se pose ainsi la question de savoir si la réalisation de ces copies demeure couverte par l'exception de copie privée telle que nous l'avions connue jusqu'alors.

La décision annotée oppose les principales chaînes néerlandophones du pays qui, invoquant leurs droits voisins, répondent à cette question par la négative à Bhaalu, une entreprise ayant mis sur le marché une technologie permettant la copie dans le nuage, qui répond évidemment par l'affirmative.

3. Pour les besoins de la présente note, nous tenterons de nous distancier des aspects trop spécifiques à l'espèce¹, pour aborder plus largement les questions posées par la copie privée dans le nuage, en mettant en exergue certaines questions que la décision annotée n'aborde pas et en illustrant nos propos par des décisions étrangères.

Après un bref rappel du cadre légal en matière de copie privée (i), nous aborderons ainsi successivement les questions posées par cette nouvelle technologie, à savoir la question de l'auteur de la copie (ii), celle du rattachement de cette copie au cercle familial (iii), celle de la légitimité de la source de la copie (iv), celle de la qualification juridique du visionnage de la copie (v) et, enfin, celle de l'incidence du test des trois étapes (vi).

(i) Rappel du cadre légal

4. En vertu des articles XI.165, §1, XI.205, §1, XI.209, §1, XI.215, §1 du code de droit économique², transposant la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur

¹ Ces aspects concernent d'une part les détails techniques décrits par plusieurs experts dont les rapports ne sont pas publics et, d'autre part, la question de l'identité exacte de l'exploitant de la technologie Bhaalu (à savoir la société Right Brain Interface ou l'association de fait regroupant ses clients).

² Depuis le 1^{er} janvier 2015, ces articles remplacent les articles 1, §1, 35, §1, 39, §1 et 44, §1 de notre ancienne loi sur le droit d'auteur.

l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après dénommée "la directive"), les auteurs et les titulaires de droits voisins (les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et de films et les organismes de radiodiffusion) disposent du droit exclusif de s'opposer à toute reproduction ou communication au public, pour les auteurs, de leurs œuvres et, pour les titulaires de droits voisins, respectivement des fixations de leurs exécutions, de leurs phonogrammes, de leurs films et de la fixation de leurs émissions.

5. Ces droits exclusifs font l'objet de plusieurs limitations et exceptions, dont celle qui se situe au cœur des débats dans l'affaire Bhaalu, l'exception pour copie privée.

L'exception pour copie privée découle de l'article 5, §2, b) de la directive, qui permet aux États membres de prévoir une exception aux droits de reproduction précités *"lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable (...)".* Cette exception est optionnelle en ce sens que les États membres peuvent mais ne doivent pas la transposer dans leur législation nationale.

6. Le droit belge connaissait déjà une exception pour copie privée moyennant le versement d'une rémunération aux ayants-droits.

Les articles XI.190, 9° et XI.217, 7° du code de droit économique³ prévoient ainsi une exception pour les reproductions, sur tout support autre que sur papier ou support similaire, d'œuvres et de prestations qui sont *"effectuées dans le cercle de famille et réservées à celui-ci"*.

L'article XI.229⁴ met quant à lui en place le droit à une *"rémunération pour la reproduction privée"* dont les modalités sont définies par arrêté royal. C'est actuellement l'arrêté royal du 18 octobre 2013⁵ qui définit la rémunération pour la copie privée. Il prévoit ainsi, par exemple, pour les set-top-boxes, une rémunération allant de 3 à 13 euros en fonction de leur capacité de stockage.

Ce droit ne profite cependant pas à tous les ayants-droit puisque les organismes de radiodiffusion en sont exclus⁶. Selon nous, cet 'oubli' du législateur belge, antérieur à la directive, n'est pas de nature à affecter la question qui nous occupe. L'absence d'une compensation équitable pour les organismes de radiodiffusion à l'occasion des copies privées réalisées dans le cadre de l'exception relève de la responsabilité de l'Etat belge et n'affecte en principe pas l'applicabilité de l'exception.⁷

7. Enfin, ces dispositions doivent être lues en relation avec l'article 5, §5 de la directive qui prévoit, concernant toutes les exceptions et limitations, qu'elles *"ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires du droit."* Cette disposition,

³ Depuis le 1er janvier 2015, ces articles remplacent les articles 22 §1, 5° et 46, 4° de notre ancienne loi sur le droit d'auteur.

⁴ Depuis le 1er janvier 2015, cet article remplace l'article 55 de notre ancienne loi sur le droit d'auteur.

⁵ Arrêté royal du 18 octobre 2013 relatif au droit à rémunération pour copie privée, *Mon. B.* du 24 oct. 2013, p. 75782.

⁶ "Art. XI.229. Les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants, les éditeurs d'œuvres littéraires et d'œuvres d'art graphique ou plastique et les producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles ont droit à une rémunération pour la reproduction privée de leurs œuvres et prestations, y compris dans les cas visés aux articles XI.190, 9° et 17° et XI.217, 7° et 16°. (...)".

⁷ Pour une application en relation avec une autre exception, voy. Civ. Brussel, 3 mars 2003, *AM* 2003, p. 222. Voy. également en ce sens T. STAMOS, "La copie privée cherche à s'étendre : feu vert pour le vPVR ?", *RDTI*, 2009, p. 116.

communément appelée test des trois étapes, n'a pas été formellement transposée par le législateur belge. La Cour de Justice a cependant déjà eu l'occasion de rappeler que toutes les exceptions devaient être interprétées à la lumière de celle-ci.⁸ De même, elle précisa que cette disposition "*ne définit dès lors pas le contenu matériel des différentes exceptions et limitations énoncées au paragraphe 2 de cet article, mais n'intervient qu'au moment de l'application de celles-ci par les États membres.*"⁹ Dans la droite ligne de cette jurisprudence, les tribunaux belges ont déjà eu l'occasion de prendre en compte le test des trois étapes dans l'application de certaines exceptions.¹⁰

(ii) Qui effectue la copie ?

8. Les articles XI.190, 9° et Art. XI.217, 7° du code de droit économique ne s'appliquent qu'aux reproductions "*effectuées dans le cercle de famille et réservées à celui-ci*", tandis que l'article 5, §2, b) de la directive s'applique aux reproductions effectuées "*par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales*". Dans un cas comme dans l'autre, il semble clair que l'exception requiert une (quasi)identité entre celui qui effectue la copie et celui qui la regarde.

9. La première question à laquelle il convient de répondre est dès lors celle de savoir qui du client ou du prestataire de services "cloud" effectue la reproduction. Ce n'est que si le client effectue la copie que l'exception de copie privée pourra trouver à s'appliquer.

10. La jurisprudence étrangère est, pour l'instant, fort divisée sur cette question:

- En France : Par un arrêt du 14 décembre 2011¹¹, la Cour d'appel de Paris, confirmant l'analyse du premier juge¹², considéra que le fournisseur de services d'enregistrements dans le nuage avait effectué la copie;
- En Allemagne : Par un arrêt du 11 avril 2013¹³, la *Bundesgerichtshof* considéra par contre que le client avait réalisé la copie, mettant ainsi un terme à un long va-et-vient avec la *Oberlandesgericht de Dresde*¹⁴;
- En Australie : Par un arrêt du 27 avril 2012¹⁵, la *Federal Court of Australia en banc* décida que le fournisseur et le client effectuaient la copie ensemble, revenant ainsi sur une décision antérieure (mais par un conseiller unique) ayant décidé que seul le client avait réalisé la copie¹⁶;
- Aux Etats-Unis d'Amérique : Par un arrêt du 4 août 2008¹⁷, la *US Court of Appeals for the Second Circuit* décida (réformant une décision ayant de première instance) que le client avait

⁸ CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq*, point 58.

⁹ CJUE, 10 avril 2014, C-435/12, *ACI Adam*, point 25.

¹⁰ Voy. notamment Bruxelles, 5 mai 2001 (*Google*), *RCJB* 2011, n° 44, p. 35.

¹¹ Cour d'appel de Paris, 14 décembre 2011, *Wizzgo / Metropole Television et autres*.

¹² Tribunal de grande instance de Paris, 25 novembre 2008, *Wizzgo / M6 Web et autres*.

¹³ *Bundesgerichtshof*, 11 avril 2013, Az. I ZR 152/11 ("*Internet-Videorecorder II*").

¹⁴ *Oberlandesgericht Dresden*, 28 novembre 2006, Az. 14 U 1071/06; *Bundesgerichtshof*, 22 avril 2009, Az. I ZR 215/06; *Bundesgerichtshof*, 22 avril 2009, Az. I ZR 216/06 ("*Shift.tv*"); *Bundesgerichtshof*, 22 avril 2009, Az. I ZR 175/07 ("*Save.tv*"); *Oberlandesgericht Dresden*, 12 juillet 2011, 14 U 801/07.

¹⁵ *Federal Court of Australia (en banc)*, 27 avril 2012, *National Rugby League Investments Pty Limited v Singtel Optus Pty Ltd* [2012] FCAFC 59.

¹⁶ *Federal Court of Australia*, 1 février 2012, *Singtel Optus Pty Ltd v National Rugby League Investments Pty Ltd (No 2)* [2012] FCA 34 RARES J.

¹⁷ *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, 4 août 2008, *Cartoon Network v. CSC Holdings*.

réalisé la copie. Par un jugement du 7 novembre 2012¹⁸, la *US District Court for the Central District of California* décida, dans une autre affaire et par renvoi à l'arrêt précité de la *Court of Appeals*, que c'est le client qui avait effectué la copie.

- Au Japon : la Cour suprême japonaise décida, par un arrêt du 21 janvier 2011¹⁹ réformant les décisions antérieures²⁰, que le prestataire avait effectué la copie.
- A Singapour : Par un arrêt du 1 décembre 2010²¹, la Cour d'appel décida que le client avait effectué la reproduction.

11. En Belgique, le jugement annoté est la première décision sur cette question.

Notre Cour de cassation s'était pourtant déjà penchée sur la réalisation des copies dans un *copycenter*. Par un arrêt du 27 mai 2005²² confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Gand ayant²³, la Cour décida que *"reste copiste au sens de la loi du 30 juin 1994 celui qui effectue matériellement la copie ou donne l'instruction de la faire, même lorsque la copie est réalisée dans un "copycenter" au moyen d'un appareil mis à la disposition de la clientèle"*.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la décision annotée considère que c'est l'utilisateur de Bhaluu qui effectue la copie parce que *"dès qu'un utilisateur donne instruction d'effectuer une copie, le signal concerné est enregistré une ou deux fois sans aucune intervention humaine"*²⁴.

Ce faisant, la jurisprudence belge rejoint les juridictions étrangères ayant mis l'accent davantage sur la volonté du client de réaliser une copie que sur les moyens mis à sa disposition pour la réaliser, surtout lorsqu'il s'agit de moyens de reproduction entièrement automatisés et sans aucune intervention humaine de la part du fournisseur.²⁵

¹⁸ United States District Court for the Central District of California, 7 novembre 2012, *Fox Broadcasting Company v. Dish Network*

¹⁹ Supreme Court of Japan, 20 janvier 2011, *Nihon Hoso Kyokai v. Nihon Digital Kaden*

²⁰ Tokyo District Court, 30 mai 2007, *Nihon Hoso Kyokai v. Nihon Digital Kaden*; Intellectual Property High Court, 27 janvier 2009, *Nihon Hoso Kyokai v. Nihon Digital Kaden*

²¹ Singapore Court of Appeal, 1 décembre 2010, *RecordTV v. MediaCorp TV Singapore and others*

²² Cass. 27 mai 2005, A&M 2005, p. 414

²³ Gent 16 juin 2003, RABG 2004/4, p. 225

²⁴ Traduction libre d'un extrait du point 7 du jugement annoté.

²⁵ United States Court of Appeals for the Second Circuit, 4 août 2008, *op. cit.*, p. 23: *"When there is a dispute as to the author of an allegedly infringing instance of reproduction, [the] Netcom [case] and its progeny direct our attention to the volitional conduct that causes the copy to be made. There are only two elements of volitional conduct in this case: Cablevision's conduct in designing, housing and maintaining a system that exists only to produce a copy, and a customer's conduct in ordering that system to produce a copy of a specific program. In the case of a VCR, it seems clear - and we know of no case holding otherwise - that the operator of the VCR, the person who actually pushes the button to make the recording, supplies the necessary element of volition, not the person who manufactures, maintains, or, if distinct from the operator, owns the machine. We do not believe that a Remote Storage Digital Video Recorder System customer is sufficiently distinguishable from a VCR user to impose liability as a direct infringer on a different party for copies that are made automatically upon that customer's demand."*; Bundesgerichtshof, 11 avril 2013, *op. cit.*, para. 11 (traduction libre): *"Hersteller der Aufzeichnung sei nicht die Beklagte zu 1, sondern der privilegierte Nutzer. Er löse durch seine Programmierung der Aufzeichnung einen rein technischen Vorgang aus, der wie die Beweisaufnahme ergeben habe vollständig automatisiert ohne menschlichen Eingriff von aussen ablaufe."*; Singapore Court of Appeal, 1 décembre 2010, *op.cit.*, para. 15: *"In respect of the First Issue (i.e whether RecordTV copied the MediaCorp shows), the Judge found that RecordTV did not copy the MediaCorp shows within the meaning of the phrase "make a copy" in the Copyright Act, and that it was the Registered Users who copied the shows by their own actions in requesting the recording of those shows using RecordTV's iDVR. We agree with and affirm the Judge's finding that it was the Registered Users, and not RecordTV, who copied the MediaCorp shows."*

Une caractéristique distingue cependant une copie privée dans le nuage, comme dans le système Bhaluu, d'une copie réalisée par un *copycenter* : pour des raisons évidentes d'optimisation des ressources informatiques, il n'y a généralement qu'une seule copie d'un programme qui est réalisée dans le nuage²⁶, la copie étant alors uniquement accessible aux utilisateurs ayant demandé la copie au moment où le programme était diffusé (et se voyant supprimée lorsque le dernier utilisateur ayant demandé la copie décide de la supprimer).

La décision annotée considère que cette caractéristique purement technique n'est pas de nature à influencer son raisonnement dès lors que chaque utilisateur dispose de sa copie "logique" (constituée de la copie "physique" et des ordres d'enregistrement (début et fin) donnés par cet utilisateur qui ne pourra dès lors consulter que ce qu'il a enregistré). Elle se fonde ainsi davantage sur la volonté de celui qui effectue la copie et le résultat obtenu, que sur des considérations purement techniques propres au fournisseur des moyens, consacrant ainsi une approche évolutive qui nous semble devoir être saluée²⁷.

La seule conséquence importante de cette optimisation des ressources réside en ce que, dans l'état actuel de la législation belge qui détermine la rémunération pour copie privée sur base de la capacité de stockage, les ayant-droits risquent de ne pas obtenir la compensation équitable à laquelle ils ont droit. Les set-top-boxes de Bhaluu permettent en effet, grâce à cette optimisation, de disposer d'une capacité plus grande que celle de chaque set-top-box individuelle. Comme nous l'avons exposé *supra*, cette considération relève cependant de la responsabilité de l'État belge et non de l'applicabilité de l'exception pour copie privée.

(iii) Les copies sont-elles effectuées dans le cercle de famille et réservées à celui-ci ?

12. L'un des avantages principaux de la copie privée dans le nuage réside précisément dans le fait que la copie n'est plus liée à un appareil déterminé et peut dès lors être consultée de partout, par exemple via un téléphone ou une tablette.

Or, comme nous l'avons vu, les articles XI.190, 9° et Art. XI.217, 7° du code de droit économique ne s'appliquent qu'aux reproductions "*effectuées dans le cercle de famille et réservées à celui-ci*".

Dès lors, si le concept de "*cercle de famille*" doit être interprété comme renvoyant à un concept physique, un lieu déterminé, dans lequel les copiées doivent être effectuées et auquel les copies doivent être réservées, il ne pourra être question d'appliquer l'exception de copie privée à des systèmes tels Bhaalu.

Par contre, si ce concept doit être compris dans son sens social (comme renvoyant à un groupe de personnes suffisamment restreint ayant des liens (quasi)familiaux), cette condition est susceptible d'être remplie pour les copies réalisées dans le nuage.

²⁶ Ou éventuellement deux comme dans le système Bhaalu pour tenir compte de formats d'affichage différents.

²⁷ Cette approche était également celle défendue par la Commission européenne lors de l'adoption de la directive. Voy. l'avis de la Commission du 29 mars 2001, COM(2001) 170 final, p. 3. : "*En premier lieu, au lieu de "pour l'usage privé d'une personne physique", le texte dispose à présent "par une personne physique pour un usage privé". Comme pour la précédente formulation telle qu'elle figurait dans le texte de la position commune, la Commission estime que le terme "par" permet également qu'une reproduction soit effectuée par et pour le compte d'une personne physique pour un usage privé. Cela pourrait inclure la mise à disposition de moyens techniques ou autres pour la réalisation de telles reproductions*".

Traditionnellement, en Belgique, la doctrine a soutenu la première interprétation²⁸, d'autant que cette interprétation pouvait trouver appui sur les travaux préparatoires de la loi sur le droit d'auteur de 1994²⁹.

La décision annotée n'aborde malheureusement pas cette question mais, particulièrement depuis l'arrêt *ACI Adam* précité de la Cour de Justice, il nous semble que le cercle familial doit être interprété dans son sens social plutôt que physique.

13. A cet égard, il convient d'abord d'observer que le concept de "*cercle de famille*" ne se retrouve (à tout le moins littéralement) pas dans l'article 5, §2, b) de la directive. Cet article se réfère aux reproductions effectuées "*sur tout support*" et "*par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales*", conditions qui ne semblent pas exclure a priori les copies effectuées dans le nuage.

Se pose ainsi naturellement la question de savoir si un État membre peut, lorsqu'il décide de transposer dans son droit national une exception comme celle prévue à l'article 5, §2, b) de la directive et dont nous avons vu qu'elle était optionnelle, modifier les conditions prévues par cet article ?

La Cour de Justice a déjà précisé que les États membres n'ont pas la possibilité d'élargir la portée des exceptions ou limitations prévues par la directive³⁰ mais ne semble pas encore avoir pris de position tranchée sur la possibilité de restreindre leur portée. Elle a déjà jugé que lorsqu'un État membre a décidé d'introduire dans son droit national une exception optionnelle prévue par la directive, il se doit de l'appliquer "*de façon cohérente, de sorte qu'elle ne puisse pas porter atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 2001/29 visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur.*"³¹ Elle rappela également, se référant au considérant 44 de la directive, que "*l'intention du législateur de l'Union a été d'envisager, lorsque les États membres prévoient des exceptions ou des limitations visées par cette directive, que la portée de celles-ci puisse être restreinte encore davantage en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés*".³²

14. Indépendamment de la question de savoir si le législateur belge a ou non la liberté de restreindre l'exception optionnelle de copie privée, il lui incombe en tous les cas de maintenir un juste équilibre entre les actes couverts par l'exception et le montant de la compensation équitable y associée.

En effet, comme nous l'avons vu, si un État membre décide de transposer l'exception de copie privée dans son droit national, il doit prévoir une compensation équitable, ce que l'État belge a (partiellement) accompli par le biais de l'article XI.229 du code de droit économique et de l'arrêté royal du 18 octobre 2013.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, cette compensation a pour objet "*d'indemniser les auteurs pour la copie privée faite, sans leur autorisation, de leurs œuvres protégées, de sorte qu'elle*

²⁸ M.C. JANSSENS, "Artikel 22 Auteurswet" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *De Belgische Auteurswet. Artikelsgewijze commentaar. Huldeboek Jan Corbet*, Larcier, 2012, p. 165-167.

²⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., Session extraordinaire 1991-1992, n°473/33, p. 194 : "*Il convient en outre de préciser que l'exception vaut pour la copie qui est effectuée dans le cercle familial, mais non pas pour celle qui est effectuée ailleurs (...)*".

³⁰ CJUE, *ACI Adam*, *op. cit.*, point 27.

³¹ *Ibid.*, point 34.

³² *Ibid.*, point 27.

doit être regardée comme la contrepartie du préjudice subi par les auteurs, résultant d'une telle copie non autorisée par ces derniers."³³ C'est pourquoi "le système de redevance instauré par l'État membre concerné doit maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts des auteurs, bénéficiaires de la compensation équitable, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part"³⁴

L'arrêté royal du 18 octobre 2013 détermine une compensation pour des appareils mobiles permettant de réaliser des copies qui ne seront pas nécessairement effectuées dans un lieu déterminé et encore moins destinées à un lieu déterminé (comme pouvaient l'être nos anciens VHS).

En prévoyant une compensation équitable pour ce type d'appareils, le législateur belge nous semble avoir exclu toute possibilité d'interpréter le concept de "*cercle de famille*" autrement que comme un concept social.

En effet, s'il devait être interprété comme un concept physique, un lieu déterminé, les copies réalisées au moyen des appareils mobiles précités ne seraient plus couvertes par l'exception de copie privée, alors même qu'une rémunération pour copie privée est perçue pour ces appareils en vertu de l'arrêté royal précité. Par analogie avec les points 54, 55 et 56 de l'arrêt *ACI Adam* précité, un tel système ne pourrait être toléré ou, pour reprendre les termes de la Cour, "*ne saurait être considéré comme satisfaisant à la condition d'un juste équilibre à trouver entre, d'une part, les droits et les intérêts des bénéficiaires de la compensation équitable et, d'autre part, ceux desdits utilisateurs.*"³⁵

15. L'interprétation du "*cercle de famille*" comme un concept social permet ainsi à l'Etat belge d'assurer l'équilibre requis par la Cour de justice et nous semble également correspondre au sens commun du terme³⁶, se situer dans la droite ligne de la jurisprudence de la cour de cassation sur la notion de "*public*"³⁷ et se rallier à la position de la Commission européenne dans le cadre de l'adoption de la directive³⁸.

En conséquence, il nous semble que les systèmes de copie privée dans le nuage ne devraient pas être automatiquement privés du bénéfice de l'exception de copie privée au seul motif que la copie ne réside pas dans le lieu physique du cercle de la famille.

La décision annotée n'aborde malheureusement pas cette question puisqu'elle considéra que le système Bhaalu se heurtait à la troisième condition examinée ci-dessous.

³³ *Ibid.*, point 50. Voy également CJEU, 21 octobre 2010, C-467/08, *Padawan*, points 30, 39 et 40.

³⁴ *Ibid.*, point 53.

³⁵ *Ibid.*, point 57.

³⁶ Voy. notamment les définitions du dictionnaire *Van Dale* "*kring door familie-, m.n. door gezinsleden gevormd*" et *Larousse* "la proche famille réunie".

³⁷ Voy. notamment la jurisprudence de la Cour de cassation à propos d'une autre exception, celle de l'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille visée à l'article 22, §1, 3° de la loi sur le droit d'auteur : "*Attendu que le jugement considère "que le caractère privé de l'exécution ressort à suffisance du fait qu'elle s'est déroulée dans un home de personnes âgées; qu'il s'agit bien d'un cercle restreint et intime de pensionnaires, lesquels ont tous leur résidence dans cette maison de retraite et y vivent en famille; que des liens très étroits, quasi familiaux, se tissent quotidiennement entre les pensionnaires (...); Attendu que de ces considérations le juge du fond a pu légalement déduire qu'en l'espèce l'exécution d'œuvres musicales n'avait pas revêtu un caractère publique."* (Cass., 18 février 2000, AM, 2000, p. 290); "*(...) la communication privée d'une œuvre musicale qui ne peut être interdite par l'auteur peut consister en la communication gratuite effectuée dans un cercle privé à l'égard de personnes entre lesquelles existe un lien familial, en ce compris un groupe restreint de personnes entre lesquelles existe un lien si étroit qu'il peut être assimilé à un lien familial.*" (Cass., 26 janvier 2006, AM, 2006, p. 180, note H. Vanhees)

³⁸ Avis de la Commission du 29 mars 2001, *op.cit.*

(iv) Les copies sont-elles réalisées à partir d'une source licite ?

16. La troisième condition, celle de la licéité de la source, ne figure pas littéralement dans la directive mais vient d'être ajoutée par la Cour de justice dans son arrêt *ACI Adam* précité.

17. Par intérêt devenu purement historique, il peut être relevé que notre droit soumet l'exception de copie privée, ainsi d'ailleurs que toutes autres exceptions au droit d'auteur, à la condition que l'œuvre ait été "*licitement publiée*"³⁹. Cette condition, qui n'existe pas pour les exceptions aux droits voisins, a fait couler beaucoup d'encre. La doctrine minoritaire estimait qu'elle renvoyait à la licéité de la source à partir de laquelle la copie privée était réalisée⁴⁰, alors que la doctrine majoritaire estimait qu'il ne s'agissait que d'une autre manifestation du droit de divulgation, l'exception de copie privée s'appliquant dès que l'œuvre avait été licitement publiée, indépendamment de la source utilisée pour effectuer la copie.⁴¹

18. Le droit belge devant être interprété à la lumière de la directive et de l'enseignement de la Cour de justice, il est à présent indiscutable que l'exception de copie privée "*ne couvre pas l'hypothèse de copies privées réalisées à partir d'une source illicite*"⁴², à savoir une source résultant de "*violations [des droits d'auteur et des droits voisins] pouvant accompagner la réalisation de copies privées*".⁴³

19. Pour bien comprendre le raisonnement suivi par le Président sur ce point, il convient de rappeler quelques éléments techniques propres au système Bhaalu.

Tout d'abord, afin d'être autorisé bénéficier des services de Bhaalu, l'utilisateur doit fournir la preuve qu'il dispose bien d'un abonnement à la télévision lui donnant accès aux programmes qu'il souhaite enregistrer. Ensuite, comme il a été exposé avant, seules une ou deux copies "physiques" de chaque programme sont effectivement réalisées, auxquelles ont accès tous les utilisateurs ayant demandé l'enregistrement du programme en question. Enfin, les copies physiques ne sont pas réalisées à partir du signal de l'utilisateur ayant sollicité la copie mais à partir d'un signal capté par les gestionnaires de Bhaalu (auprès de TV Vlaanderen et de Telenet) à partir de quelques abonnements de type "résidentiel" acquis par des individus non identifiés. Enfin, Bhaalu soumet ce signal à quelques opérations techniques de décryptage avant que les copies "physiques" ne soient réalisées.

20. Sur base de ces éléments, la décision annotée constate que la source n'est pas licite en ce que, d'une part, ce signal fut mis à la disposition de Bhaalu par quelques individus non identifiés en violation de leur contrat avec TV Vlaanderen et Telenet et, d'autre part, les opérations techniques réalisées par Bhaalu, notamment de décryptage réalisées sans l'accord de TV Vlaanderen et Telenet, sont également illicites (point 26).

³⁹ Voy. l'article XI.190 du code de droit économique.

⁴⁰ A. BEERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, p. 313: "(...) En effet, la pratique a démontré que le plus souvent l'œuvre à partir de laquelle la copie est réalisée est généralement contrefaisante. La source de la copie est donc illicite. En conséquence, un acte licite - la réalisation d'une copie privée - ne peut avoir pour origine l'existence d'une contrefaçon (...)."

⁴¹ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 2000 p. 106-107; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, 'Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique: la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert?', *J.T.* 2006, p. 136, n. 15; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, p. 457, n. 587; D. VOORHOOF, 'Letterkundige werken. Wetenschappelijke werken. Fotokopie. Leenrecht', in F. Gotzen (ed.), *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw*, Bruylant, 1996, p. 169

⁴² CJEU, *ACI Adam*, *op. cit.*, point 41.

⁴³ *Ibid.*, point 31

Nous nous interrogeons sur la compatibilité de cette approche avec l'enseignement de l'arrêt *ACI Adam* selon lequel le caractère illicite de la source semble devoir résulter de violations aux droits des auteurs ou des titulaires de droits voisins accompagnant la réalisation des copies privées.⁴⁴

Or, le simple décryptage du signal de TV Vlaanderen ou de Telenet ne nous semble pas porter atteinte aux droits des titulaires de droits voisins, pas plus d'ailleurs que le fait, pour les individus non identifiés, de mettre leur abonnement à disposition de Bhaalu en violation des conditions générales de leurs abonnements.

21. Par contre, il nous semble qu'il eut été possible d'arriver à la même conclusion concernant l'illicéité de la source en considérant que, sans avoir obtenu les consentements requis, Bhaalu retransmet les émissions à ses utilisateurs afin qu'ils puissent effectuer leurs copies privées.

Indépendamment des spécificités techniques du système Bhaalu, dès lors qu'il est établi que le signal utilisé par l'utilisateur pour réaliser sa copie n'est pas le signal dont il dispose légitimement sur base de son abonnement, un autre signal doit bien lui avoir été (re)transmis de l'une ou l'autre manière.

Or, la Cour de justice a déjà rappelé, dans son arrêt *TVCatchup*, que *"le législateur de l'Union, en régissant les situations dans lesquelles une œuvre donnée fait l'objet d'utilisations multiples, a entendu que chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause."*⁴⁵

Partant de la prémisse que les signaux de TV Vlaanderen et de Telenet, après avoir été captés par Bhaalu, sont ensuite retransmis à l'utilisateur, via un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine, pour qu'il effectue sa copie privée, il s'agit bien d'un acte de *'communication'*⁴⁶.

Il s'ensuit que cette communication sera soumise au consentement des titulaires de droits si elle est effectuée *'au public'*, ce qui est le cas lorsque la retransmission *"vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important"*⁴⁷.

En l'espèce, la retransmission de Bhaalu est indéniablement un public en ce qu'elle vise toutes les personnes domiciliées en Belgique et qui disposent d'une connexion Internet et d'un abonnement à la télédistribution.

Ce public est-il également un *"nouveau public"*, ainsi que l'exigent les arrêts *SGAE*⁴⁸, *Football Association Premier League e.a.*⁴⁹ et *Airfield et Canal Digitaal*⁵⁰ de la Cour de justice, considérant que les clients de Bhaalu sont déjà autorisés à recevoir la télévision de par leur abonnement à la télédistribution qui, rappelons-le, est une condition pour bénéficier des services de Bhaalu ?

⁴⁴ *Ibid.*, point 31.

⁴⁵ CJEU, 7 mars 2013, C-607/11, *TVCatchup*, point 24.

⁴⁶ *Ibid.*, point 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 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."*

⁴⁷ *Ibid.*, point 32.

⁴⁸ CJEU, 7 décembre 2006, C-306/05, *SGAE*, point 40.

⁴⁹ CJEU, 4 octobre 2011, C-403/08 et C-492/08, *Football Association Premier League e.a.*, point 197.

⁵⁰ CJEU, 13 octobre 2011, C-431/09 et C-432/09, *Airfield en Canal Digitaal*, point 72.

La réponse à cette question importe peu. Dans son arrêt *TVCatchup* précité, la Cour décida à propos d'une retransmission via une technique différente de celle de la communication d'origine qu'il "n'y a plus lieu d'examiner, en aval, la condition du public nouveau qui n'est pertinente que dans les situations sur lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités *SGAE, Football Association Premier League e.a., ainsi que Airfield et Canal Digitaal*." ⁵¹

En conséquence, la transmission du signal capté par Bhaluu vers ses utilisateurs afin qu'ils effectuent leur copie dans le nuage nous semble constituer une communication au public nécessitant une autorisation des titulaires de droits voisins. ⁵² En l'absence d'un tel consentement, la source utilisée pour réaliser les copies perd son caractère licite, qui prive les copies ainsi réalisées du bénéfice de l'exception pour copie privée.

(v) Le visionnage de la copie implique-t-il une communication au public ?

22. Cette quatrième question nous semble intimement liée à la question de savoir qui réalise la copie (cf. *supra*).

Ainsi, si les copies sont réalisées par le fournisseur de services de copie privée dans le nuage, il portera non seulement atteinte au droit de reproduction lorsque la copie est réalisée mais également au droit de communication au public lorsque la copie est visionnée.

A l'inverse, si c'est l'utilisateur du service qui réalise "sa" copie, nous voyons mal comment le fait pour cet utilisateur de visionner "sa" propre copie pourrait constituer une communication au public. Il y aura bien communication mais aucun public.

(vi) L'incidence du test des trois étapes

23. La décision annotée ayant considéré que les copies réalisées n'étaient pas couvertes par l'exception de copie privée, elle a logiquement pu faire l'économie de l'application du test des trois étapes prévu à l'article 5§5 de la directive.

Cette disposition, comme nous l'avons vu, ne définit pas le contenu matériel de l'exception de copie privée mais intervient au moment de l'application de celle-ci, de sorte qu'un système de copie privée dans le nuage qui répondrait aux conditions de l'exception de copie privée ne pourrait en bénéficier que s'il constitue un cas spécial ne portant pas atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé et ne causant pas non plus de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits.

24. A cet égard, il est permis de douter que le test des trois étapes permette de tolérer une fonctionnalité telle que le 'catch-all' permettant à l'utilisateur, en une instruction, d'enregistrer tous

⁵¹ CJEU, *TVCatchup*, *op.cit.*, point 39.

⁵² En ce sens, Bundesgerichtshof, 11 avril 2013, *op. cit.*, para. 40-42: "Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass die Beklagte zu 1 das Recht der Klägerin verletzt hat, ihre Funksendungen weiterzusenden (...). Eine Weitersendung im Sinne des (...) setzt voraus, dass der Inhalt einer Sendung durch funktechnische Mittel einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (...). Dabei muss die Weitersendung zeitgleich mit dem Empfang erfolgen (...) und in ihrer Bedeutung als Werknutzung anderen durch öffentliche Wiedergabe erfolgten Werknutzungen entsprechen (...). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind diese Voraussetzungen erfüllt. Die Beklagte zu 1 empfängt die Sendesignale der Funksendungen mit Satelliten-Antennen und leitet sie zeitgleich an Online-Videorecorder weiter, die dem Bereich der Kunden als Hersteller der vollautomatischen Aufzeichnung zuzuordnen sind. Da sie ihren Kunden mit den "Persönlichen Videorecordern" darüber hinaus auch die Empfangsvorrichtungen zur Verfügung stellt, ist ihre Tätigkeit in ihrer Bedeutung als Werknutzung den anderen vom Gesetz dem Urheber vorbehaltenen Werknutzungen durch öffentliche Wiedergabe vergleichbar (...)."

les programmes diffusés sur toutes les chaînes pendant une période déterminée⁵³ (indépendamment même de l'impact que cette fonctionnalité pourrait avoir sur la question de savoir qui réalise la copie puisqu'elle réduit fortement l'implication nécessaire l'utilisateur dans l'acte de copie).

(vi) Conclusion

25. L'attrait que présente pour l'utilisateur la copie privée dans le nuage est, nous l'avons vu, directement proportionnel au nombre des questions et conditions posées par sa légitimité au regard du droit d'auteur.

Il ne nous semble pas qu'une copie puisse être exclue du bénéfice de l'exception pour copie privée au seul motif qu'elle est réalisée dans le nuage plutôt que sur un enregistreur domestique.

Cependant, les caractéristiques techniques des systèmes et les fonctionnalités offertes à l'utilisateur (notamment le rôle de l'utilisateur dans l'acte de copie et la source utilisée pour réaliser la copie) diffèrent d'un système de copie dans le nuage à l'autre.... et influencent l'analyse juridique.

Il appartient à présent à la Cour d'appel d'Anvers de décider si, eu égard aux caractéristiques techniques et fonctionnalités propres au système Bhaalu, les copies réalisées par ce système nécessitent ou non le consentement des ayants-droit.

⁵³ Pour d'autres exemples, voy. T. STAMOS, *op. cit.*, p. 114 et svt.