

Animo deliberato – Le rôle de l'intention dans l'acte de communication au public

Hakim Haouideg

La présente contribution examine la prise en compte de l'intention de celui qui diffuse ou participe à la diffusion d'une œuvre protégée par le droit d'auteur pour qualifier cet acte de « communication au public ». Comme nous le verrons, à la naissance de cette revue, la doctrine et la jurisprudence belges l'excluaient. Cependant, une dizaine d'années plus tard, la Cour de justice de l'Union européenne a redonné vie à ce critère pour progressivement lui donner de l'importance, au point que ce critère est à présent prépondérant dans un certain nombre de situations. Nous retraçons ce revirement du droit en suivant l'évolution des principaux arrêts de la Cour de justice.

1. INTRODUCTION

L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la « *communiquer au public par un procédé quelconque* »¹.

Ce droit exclusif implique d'une part un « *acte de communication* » et d'autre part un « *public* », étant précisé que le procédé utilisé importe peu.

Ces termes larges et technologiquement neutres ont permis au droit exclusif de communication au public de s'adapter aux évolutions technologiques.

Il convient d'interpréter ce droit exclusif à la lumière :

- des conventions internationales, à savoir les articles 11 et 11bis de la Convention de Berne² et plus récemment l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur³, et
- du droit de l'Union européenne, en particulier la directive 2001/29⁴, dont l'article 3 confère aux auteurs « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil* ».

Il est également rappelé que la déclaration commune à l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le vingt-septième considérant de la directive 2001/29 précisent que « *la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public* ».

Puisque le droit de communication au public est un concept de droit de l'Union, c'est à la Cour de justice qu'il convient de trancher les questions relatives à son interprétation. A ce jour, la Cour s'est exprimée plus d'une trentaine de fois sur le droit de communication au public, ce qui en fait la notion

¹ Article XI.165, §1, al. 4 du code de droit économique.

² Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (acte de Paris du 24 juillet 1971).

³ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) (adopté à Genève le 20 décembre 1996). Pour un commentaire détaillé, voy. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty – Commentary and Legal Analysis*, London, Butterworths, 2002, p. 100 et suivantes.

⁴ 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, *J.O. L 167* du 22 juin 2001, p. 10.

de droit de la propriété intellectuelle qui a, pour l'instant, suscité le plus grand nombre d'arrêts sur question préjudicielle.

Enfin, rappelons que la Cour a notamment jugé que le droit de communication au public fait l'objet d'une « *harmonisation complète* ». Un État membre ne peut donc pas protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition⁵.

Dans ce contexte, la présente contribution se concentrera sur un aspect de l'acte de communication au public, à savoir la prise en compte de l'intention de celui qui diffuse ou participe à la diffusion d'une œuvre protégée par le droit pour qualifier cet acte de « communication au public ».

2. LE DROIT DE COMMUNICATION AU PUBLIC EN BELGIQUE IL Y A 25 ANS...

Au moment de fêter le premier anniversaire de cette revue, le droit belge était d'une clarté remarquable.

Par deux arrêts du 26 septembre 1996, la Cour de cassation jugea très clairement que l'intention de l'auteur de l'acte est dénuée de toute pertinence pour qualifier cet acte de communication au public d'une œuvre.

La première affaire concernait un poste d'autoradio exposé à la vente sur un présentoir situé dans un showroom accessible au public.

Le juge de paix saisi par la SABAM constata que ce poste ne fonctionnait que de manière occasionnelle et qu'il ne permettait donc pas la diffusion permanente d'une musique d'ambiance destinée à retenir la clientèle.

Le juge en déduit que cette mise à disposition ne constituait pas un acte de communication au public⁶ parce qu'il n'y avait « *aucune rediffusion délibérée à usage du public* ».

La seconde affaire concernait un poste de radio placé derrière le comptoir dans une librairie.

Constatant que le poste de radio était avant tout destiné à l'usage personnel du vendeur (la clientèle ne profitant pas de la musique puisqu'elle ne fait qu'un court passage dans la librairie), le juge de paix avait considéré que cette mise à disposition ne constituait pas non plus un acte de communication au public.

La Cour cassa ces deux décisions, aux motifs qu' « *aucune disposition légale ne subordonne la protection des droits de l'auteur d'une œuvre musicale à la condition que l'exécution ou la représentation ait lieu délibérément à usage du public* »⁷ et que cette protection « *ne dépend pas davantage de la localisation de l'appareil de radio, de la nature de son usage ou des intentions de son utilisateur* »⁸ (nous soulignons).

Tout ce qui comptait, selon la Cour de cassation, était que la diffusion d'une œuvre soit « *publique et audible* », sans s'arrêter sur les intentions de celui qui la diffuse.

⁵ Voy. notamment l'arrêt du 13 février 2014, *Svensson*, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76.

⁶ Plus précisément une exécution ou une représentation publique, soit les notions équivalentes selon l'expression de l'ancienne loi du 22 mars 1886.

⁷ Cass., 26 septembre 1996, *IRDI* 1997/2, p. 172 (sous l'ancienne loi du 22 mars 1886).

⁸ Cass., 26 septembre 1996, *IRDI* 1997/2, p. 173 (sous loi alors nouvelle du 30 juin 1994).

Se référant à ces arrêts⁹, la doctrine unanime enseignait alors qu'il « importe peu que l'auteur de l'acte n'ait pas l'intention de communiquer au public. Le fait de cette communication suffit même si elle est involontaire »¹⁰.

Cette interdiction formelle de tenir compte de l'intention de celui qui diffuse ou participe à la diffusion d'une œuvre était d'autant mieux acceptée qu'elle constituait l'aboutissement d'une tendance déjà initiée par la Cour de cassation dans des arrêts plus anciens.

Ainsi, par un premier arrêt du 26 février 1960, la Cour de cassation avait déjà censuré un juge de paix pour avoir retenu l'absence de « *but de lucre* »¹¹ pour conclure à l'absence d'atteinte au droit exclusif de l'auteur. De même, par un arrêt du 27 février 1975, la Cour avait censuré un juge de paix pour avoir tenu compte du fait que l'acte n'avait pas été posé « *dans un but d'utilisation collective* ». ¹²

3. L'INTERVENTION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Cette position en droit belge, qui avait le mérite de la clarté et jouissait du soutien d'une doctrine unanime, fut cependant remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Nous allons parcourir l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice qui s'est développée autour de quatre thèmes principaux : la mise à disposition d'appareils d'écoute ou de visionnage, la publication de liens hypertextes, le partage sur les réseaux *peer-to-peer* et le rôle des plateformes de diffusion sur Internet.

A. LA MISE À DISPOSITION D'APPAREILS D'ÉCOUTE OU DE VISIONNAGE

L'affaire « SGAE »¹³

Est-ce qu'un établissement hôtelier pose un acte de « communication au public » lorsqu'il installe des appareils de télévision dans ses chambres d'hôtel et distribue par câble à ces appareils le signal de télévision capté par satellite ou par voie terrestre ?

C'est pour répondre à cette question que, pour la première fois, la Cour de justice se référa à l'intention de celui qui pose l'acte comme critère d'interprétation du droit de communication au public.

⁹ Voy. dans le même sens l'arrêt subséquent: Cass. 30 janvier 1998, A.M. 1998/3, p. 224.

¹⁰ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 121. Voy. également H. VANHEES, « *Enkele bedenkingen m.b.t. het "publieke" karakter van het publiek mededelingsrecht van een auteur* », IRDI 1997/2, p. 175 (p. 178) ; L. VAN BUNNEN, Obs. sous Cass. 26 septembre 1996, A.M. 1997/2, p. 173 ; N. IDE et A. STROWEL, « *Entre communication au public et privée : une frontière instable ?* », A.M. 1998/3, p. 225.

¹¹ Cass., 26 février 1960, Pas. 1960, p. 745 : « *Attendu, enfin, que ni l'article 16 de cette loi, ni aucune autre disposition légale ne subordonnent la nécessité du consentement de l'auteur d'une œuvre musicale à la condition que celui qui publiquement exécute ou représente l'œuvre agisse dans un but de lucre* »

¹² Cass. 27 février 1975, Pas. 1975/2, p. 666 : « *Attendu que ni l'article 16 de la loi du 22 mars 1886 ni aucune autre disposition légale ne subordonnent la nécessité du consentement de l'auteur d'une œuvre musicale à la condition que celui qui publiquement exécute ou représente l'œuvre agisse « dans un but d'utilisation collective » ainsi que le décide le jugement; Que le droit de l'auteur est protégé dès qu'effectivement l'exécution est publique et audible; »*

¹³ Arrêt du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764.

La Cour répondit par l'affirmative, jugeant que « *l'établissement hôtelier est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients* »¹⁴.

Par ailleurs, la Cour considéra que la poursuite d'un but lucratif n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'une communication au public mais contribue à établir le caractère délibéré de la communication au public. En effet, l'intervention de l'établissement hôtelier donnant accès à l'œuvre radiodiffusée à ses clients doit, selon la Cour, être considérée comme une « *prestation de service supplémentaire* » accomplie dans le but d'en retirer un certain bénéfice.

Enfin, l'hôtelier avait également prétendu que son rôle se limitait à « *la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication* », cette fourniture ne constituant pas en soi une communication au public, comme énoncé par la déclaration commune à cet article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et au vingt-septième considérant de la directive 2001/29.

A cet égard, la Cour fit correctement observer que l'hôtelier distribuait également le signal à ses clients logés dans les chambres de cet établissement et que dès lors son rôle ne se limitait pas à la simple fourniture d'installations.

L'affaire « OSDD »¹⁵

La Cour de justice se prononça, cette fois par voie d'ordonnance, quelques années plus tard dans une situation où l'hôtelier n'acheminait pas le signal par câble mais en connectant les différentes télévisions présentes dans les chambres à une antenne centrale.

Confirmant sa jurisprudence, la Cour rappela que seule comptait l'intervention, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients, « *sans considération de la configuration concrète de l'équipement installé dans son établissement* »¹⁶.

Dans ce cas également, l'hôtelier pose donc un acte de communication au public en raison du caractère délibéré de son intervention.

L'affaire « Premier League »¹⁷

Après les chambres d'hôtel, la Cour, réunie en grande chambre, eut à examiner la présence d'un appareil de télévision dans un café-restaurant en vue de permettre à la clientèle de suivre les matches du championnat de football anglais.

Dans la ligne droite de ses arrêts précédents, la Cour jugea que le propriétaire d'un café-restaurant permet « *délibérément* » aux clients présents dans cet établissement d'accéder à l'émission radiodiffusée, au moyen d'un écran et de haut-parleurs, étant entendu que, « *sans l'intervention dudit propriétaire, ces clients ne peuvent jouir des œuvres radiodiffusées, même s'ils se trouvent à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission* »¹⁸.

La Cour dégage ainsi les deux critères auxquels elle se réfèrera systématiquement par la suite : le rôle incontournable joué par celui qui pose l'acte et le caractère délibéré de son intervention.

¹⁴ Arrêt du 7 décembre 2006, *SGAE*, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764, point 42.

¹⁵ Ordonnance du 18 mars 2010, *OSDD*, C-136/09, ECLI:EU:C:2010:151.

¹⁶ Ordonnance du 18 mars 2010, *OSDD*, C-136/09, ECLI:EU:C:2010:151, point 41.

¹⁷ Arrêt du 4 octobre 2011 (Grande Chambre), *Premier League*, C-403/08 et C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631.

¹⁸ Arrêt du 4 octobre 2011 (Grande Chambre), *Premier League*, C-403/08 et C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, point 195.

Pour arriver à cette appréciation, la Cour rappela que le caractère lucratif d'une communication « *n'est pas dénué de pertinence* » et confirma la présence d'un tel caractère en l'espèce. Selon la Cour, d'une part, l'exploitant procède à la transmission des œuvres radiodiffusées dans son café-restaurant « *dans le but d'en profiter* » et, d'autre part, cette transmission est susceptible d'attirer des clients intéressés par les œuvres ainsi transmises. Par conséquent, la transmission en cause se répercute sur la fréquentation de cet établissement et, au bout de compte, sur ses résultats économiques.

L'affaire « SCF »¹⁹

Dans cette quatrième affaire, il fut demandé à la Cour si la diffusion gratuite de phonogrammes réalisée au moyen d'un poste de radio dans un cabinet dentaire, au bénéfice de la patientèle, constitue un acte de communication au public.

La question posée à la Cour ne concernait pas le droit de communication au public de l'auteur mais celui du producteur de phonogrammes, consacré par la directive 92/100 devenue la directive 2006/115²⁰.

La Cour jugea que la notion de « communication au public », qui se retrouve à la fois dans les directives 2001/29 et directive 2006/115 est « *utilisée dans des contextes qui ne sont pas identiques et vise des finalités, certes similaires, mais toutefois en partie divergentes* »²¹.

Elle rappelle ainsi que, les auteurs disposent d'un droit de nature préventive (un droit d'interdire), alors que les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes bénéficient d'un droit à caractère compensatoire, soit un « *droit de nature essentiellement économique* »²².

Rappelant sa jurisprudence précédente quant au rôle incontournable joué par celui qui pose l'acte et le caractère délibéré de son intervention, la Cour estime que ces deux critères sont remplis en l'espèce.

Cependant, elle examine ensuite le critère du but lucratif de la communication, à savoir si la communication constitue un « *service supplémentaire* » ou est susceptible de se répercuter sur les résultats économiques de l'établissement.

La Cour estime ainsi qu'il peut être déduit de ses arrêts précédents ayant retenu un but lucratif que « *le public qui fait l'objet de la communication est, d'une part, ciblé par l'utilisateur et, d'autre part, réceptif, d'une manière ou d'une autre à sa communication, et non pas « capté » par hasard* »²³.

En l'espèce, la Cour estime que le dentiste n'agit pas dans un but lucratif, étant donné qu'il ne peut raisonnablement, en raison de cette seule diffusion, ni s'attendre à un accroissement de sa patientèle, ni augmenter le prix des soins qu'il prodigue. Partant, la diffusion n'est pas susceptible, en soi, d'avoir une répercussion sur les revenus du dentiste.

La Cour explique que les patients se rendent dans un cabinet dentaire en ayant pour seul objectif d'être soignés, une diffusion de phonogrammes n'étant point inhérente à la pratique des soins dentaires. C'est fortuitement et indépendamment de leurs souhaits qu'ils bénéficient d'un accès à certains

¹⁹ Arrêt du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140.

²⁰ Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O. L 376 du 27 décembre 2006, p. 28.

²¹ Arrêt du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, point 74.

²² Arrêt du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, point 75.

²³ Arrêt du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, point 91.

phonogrammes, en fonction du moment de leur arrivée au cabinet et de la durée de leur attente ainsi que de la nature du traitement qui leur est prodigué.

Dans ces conditions, il ne saurait être présumé que la clientèle normale d'un dentiste soit réceptive à l'égard de la diffusion en question et cette diffusion ne revêt pas un caractère lucratif.

La Cour déduit de cette absence de but lucratif que le dentiste ne commet pas d'acte de communication au public.

L'affaire « *Phonographic Performance* »²⁴

Cette affaire fut l'occasion d'une synthèse de l'enseignement précité puisqu'elle combine une situation factuelle identique à celle visée par les affaires *SGAE* et *OSDD* (la mise à disposition d'un poste de télévision dans une chambre d'hôtel auquel un signal est distribué) et un cadre juridique identique à l'affaire *SCF* (puisque'elle concerne la directive 2006/115).

Logiquement, la Cour conclut que radiodiffusion de phonogrammes par l'exploitant d'un établissement hôtelier est un acte de communication au public, notamment en raison de son caractère lucratif. A cet égard, le public qui fait l'objet de la communication est, d'une part, « *ciblé* » par l'utilisateur et, d'autre part, « *réceptif* », d'une manière ou d'une autre, à sa communication (et non pas « *capté* » par hasard).

Dans cette affaire, outre la mise à disposition d'un poste de télévision, les hôteliers mettaient également à disposition un dispositif de lecture ainsi que des phonogrammes sous une forme physique ou numérique pouvant être diffusés ou entendus grâce à ce dispositif.

Cette mise à disposition, sans laquelle la clientèle n'aurait pas pu jouir des phonogrammes en cause, est également une communication au public, pour les mêmes raisons. Sans s'y référer expressément, la Cour confirme ainsi son enseignement dans l'affaire *OSDD* selon lequel la configuration concrète de l'équipement installé est sans importance.

L'affaire « *OSA* »²⁵

Cette affaire donne l'occasion d'un changement de décor : c'est à présent dans les chambres d'un établissement thermal que sont mis à disposition des postes de télévision ou de radio.

La Cour jugea en premier lieu que, comme les établissements hôteliers, l'établissement thermal joue un rôle incontournable et intervient de manière délibérée (« *en pleine connaissance des conséquences de son comportement* ») pour donner accès à l'œuvre protégée à ses patients.

L'exploitant de l'établissement thermal fit cependant valoir qu'il se trouvait dans une situation similaire à celle du cabinet dentaire objet de l'affaire *SCF*, où à défaut pour le public d'être « *réceptif* » à la communication, la Cour avait conclu à l'absence de communication au public.

La Cour écarta cependant cet argument au motif que « *les principes tirés de l'arrêt SCF, précité, ne sont pas pertinents dans la présente affaire* » dès lors que cet arrêt concerne non pas le droit d'auteur de la directive 2001/29 mais les droits voisins « *à caractère compensatoire* » de la directive 2006/115²⁶.

Quoique cette décision nous semble correcte, nous regrettons que la Cour ait pris un raccourci dans sa motivation et se soit dispensée de vérifier si, selon les critères de l'arrêt *SCF*, le public qui fait l'objet

²⁴ Arrêt du 15 mars 2012, *Phonographic Performance*, C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141.

²⁵ Arrêt du 27 février 2014, *OSA*, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110.

²⁶ Arrêt du 27 février 2014, *OSA*, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, point 35.

de la communication dans ces établissements est ciblé par leurs exploitants et non pas « capté » par hasard. Ceci d'autant plus que c'est probablement en raison de ce raccourci et de la confusion ainsi créée que la Cour fut saisie de la prochaine affaire.

L'affaire « Reha Training »²⁷

Comme nous l'avons vu, l'arrêt *SCF* semblait avoir exclu la communication au public pour les professions médicales et assimilées au motif que le public ne serait pas « ciblé », alors que, selon l'arrêt *OSA*, cette analyse ne serait pertinente que pour les droits voisins et pas pour le droit d'auteur.

Ce qui devait arriver avec l'affaire *Reha Training* où la Landegerich Köln était confrontée à l'installation d'un poste de télévision dans un établissement médical ou assimilé (en l'espèce, un centre de rééducation post-opératoire) et devait analyser l'acte de communication au public non seulement au regard des droits voisins (comme dans l'arrêt *OSA*) mais également au regard des droits d'auteur²⁸.

Tout d'abord, à nouveau réunie en grande chambre, la Cour clarifia la relation entre la notion de « communication au public » dans la directive 2001/29 et cette même notion dans la directive 2006/115.

Pour la Cour, il convient d'apprécier cette même notion « *selon les mêmes critères, afin, notamment, d'éviter des interprétations contradictoires et incompatibles entre elles, en fonction de la disposition applicable* »²⁹.

La Cour répète ensuite son enseignement antérieur, en ce compris celui de l'arrêt *SCF* selon lequel le public qui fait l'objet d'une communication au public est non pas « capté » par hasard, mais « ciblé » par les exploitants.

Elle rappelle également que si le caractère lucratif de la diffusion d'une œuvre protégée au public n'est pas déterminant pour la qualification d'une telle diffusion de « communication au public », il n'en est pas pour autant dénué de pertinence.

Appliquant ces principes en l'espèce, la Cour retient que « *les patients d'un centre de rééducation ne pourraient, en principe, jouir des œuvres diffusées sans l'intervention ciblée de l'exploitant de ce centre* »³⁰, confirmant ainsi le rôle incontournable de l'exploitant.

La Cour retient également le caractère délibéré de son intervention : « *ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, l'exploitant d'un centre de rééducation transmet délibérément des œuvres protégées à ses patients, au moyen d'appareils de télévision installés dans plusieurs endroits de cet établissement* »³¹.

Enfin, la Cour confirme le caractère lucratif de la communication puisque la diffusion constitue un service supplémentaire: « *en l'occurrence, la diffusion d'émissions télévisées au moyen de postes de télévision, en ce qu'elle vise à offrir une distraction aux patients d'un centre de rééducation, tel que celui en cause au principal, durant leurs soins ou le temps d'attente précédant ceux-ci, constitue une prestation de services supplémentaire qui, bien que dépourvue de toute portée médicale, contribue*

²⁷ Arrêt du 31 mai 2016 (Grande Chambre), *Reha Training*, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379.

²⁸ La formulation des questions par la Landegerich Köln est d'ailleurs révélatrice de la confusion qui régnait à l'époque puisqu'il fut demandé à la Cour si elle entendait maintenir sa jurisprudence *SCF*.

²⁹ Arrêt du 31 mai 2016 (Grande Chambre), *Reha Training*, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, point 34.

³⁰ Arrêt du 31 mai 2016 (Grande Chambre), *Reha Training*, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, point 60.

³¹ Arrêt du 31 mai 2016 (Grande Chambre), *Reha Training*, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, point 55.

*favorablement au standing et à l'attractivité de l'établissement, lui procurant ainsi un avantage concurrentiel »*³².

Sur base de ces éléments, la Cour conclut à la présence d'un acte de communication au public.

L'affaire « *Stim et Sami* »³³

Dans cette dernière affaire, il fut demandé à la Cour si la location de véhicules équipés de postes de radio implique une communication au public d'œuvres musicales.

La Cour répondit par la négative, en estimant que cette location est assimilable à « *la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication* », qui, comme nous l'avons vu, ne constitue pas en soi une communication au public (selon la déclaration commune à cet article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le vingt-septième considérant de la directive 2001/29).

Comment dès lors distinguer la fourniture d'une chambre d'hôtel pourvue d'un poste de télévision (qui constitue un acte de communication au public) et la fourniture d'un véhicule équipé d'un poste de radio ?

Précisément par le critère du caractère délibéré de l'intervention.

Dans le premier cas, la Cour expliqua qu'il y avait communication au public parce que les hôteliers « *transmettent délibérément à leur clientèle des œuvres protégées* », en distribuant un signal, alors que, dans le cas d'un loueur de voiture, le poste intégré dans le véhicule permet de capter le signal disponible dans la zone sans aucune intervention additionnelle de la part de la société de location.

B. LA PUBLICATION DE LIENS HYPERTEXTES

L'affaire « *Svensson* »³⁴

Cette première affaire concernait la publication de liens hypertextes vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet où elles sont publiées avec le consentement de l'auteur.

La Cour jugea qu'un tel acte n'est pas une communication au public.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour n'a pas examiné l'intention de celui qui publie le lien hypertexte mais sa décision est importante puisqu'elle constitue le socle sur lequel est basé sa jurisprudence ultérieure. La Cour a retenu l'absence de communication au public en raison du fait que l'œuvre était déjà librement disponible pour l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur. Il n'y avait dès lors pas de « nouveau » public et donc pas de communication au public.

Cette interprétation a également été retenue dans l'affaire « *BestWater International* »³⁵ à propos de liens utilisant la technique dite de la « transclusion » (« *framing* »).

L'affaire « *GS Media* »³⁶

Les faits de cette seconde affaire sont les suivants : GS Media avait posté sur son site un lien hypertexte renvoyant vers un autre site (Filefactory), sur lequel se trouvaient des photographies d'une star

³² Arrêt du 31 mai 2016 (Grande Chambre), *Reha Training*, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, point 63.

³³ Arrêt du 2 avril 2020, *Stim et Sami*, C-753/18, ECLI:EU:C:2020:268.

³⁴ Arrêt du 13 février 2014, *Svensson*, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76.

³⁵ Ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International*, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315.

³⁶ Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644.

néerlandaise. Ces photographies avaient été publiées dans le magazine "Playboy" mais n'étaient pas publiées sur Internet avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur.

Tout comme dans l'affaire Svensson, cette affaire concerne donc un lien hypertexte vers une œuvre librement disponible, mais à la différence de l'affaire Svensson, l'œuvre a été publiée sur Internet sans le consentement de l'auteur.

Dans ce cas, il est manifeste que l'œuvre est rendue accessible à un public « nouveau ».

Cependant, la Cour s'est refusée à qualifier automatiquement de « communication au public » tout placement de liens vers des œuvres publiées sur Internet sans le consentement des titulaires.

En effet, la Cour rappelle que les liens hypertexte contribuent au bon fonctionnement d'Internet ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations, et participent donc à l'exercice des droits à la liberté d'expression et d'information, garantis par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Cour rappelle également qu'il pourrait s'avérer difficile de déterminer précisément si une œuvre qui se trouve disponible sur Internet a été publiée directement ou indirectement avec le consentement du titulaire du droit d'auteur.

Dès lors, la Cour a une nouvelle fois fait appel au critère du caractère délibéré de l'intervention, à savoir si celui qui publie le lien intervient « *en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre* » qui, par hypothèse dans le scénario qui nous occupe, aurait été illégalement publiée sur Internet.

Ainsi, il y aura communication au public lorsque la personne qui a placé le lien savait ou devait savoir (par exemple parce qu'elle en a été avertie) que le lien donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet.

Il en est de même lorsque ce lien est destiné à contourner des mesures de restriction prises par le site sur lequel se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés.

Par ailleurs, la Cour ajoute un règle supplémentaire tenant compte du critère du caractère lucratif : si le lien hypertexte est fourni dans un but lucratif, la personne ayant fourni le lien doit alors réaliser les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mène le lien. Ainsi, le placement d'un lien dans un but lucratif vers une œuvre illégalement publiée fait naître une présomption (réfragable) que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur, et dès lors qu'il y a communication au public.

L'affaire « *Stichting Brein (Filmspeler)* »³⁷

La troisième affaire concerne la vente d'un lecteur multimédia sur lequel le vendeur a préinstallé des modules contenant des liens hypertextes renvoyant à des sites Internet librement accessibles au public sur lesquels sont des œuvres sont publiées sans l'autorisation des titulaires. Ces lecteurs multimédias sont généralement connus sous le nom de « IPTV ».

La Cour rappelle que la simple vente d'un lecteur multimédia n'est pas en soi en acte de communication mais une simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication.

³⁷ Arrêt du 26 avril 2017, *Stichting Brein (Filmspeler)*, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300.

Cependant, la Cour fit une nouvelle fois fait appel au critère du caractère délibéré de l'intervention pour qualifier la vente du lecteur de « communication au public ».

La Cour a en effet retenu que le vendeur avait procédé, « *en pleine connaissance de son comportement* », à la pré-installation des modules et liens qui permettent spécifiquement aux acquéreurs d'avoir accès aux œuvres protégées (sur des sites où elles sont publiées sans l'autorisation des titulaires). En effet, conformément à la jurisprudence GS Media, il était établi que les publicités relatives au lecteur multimédia mentionnaient spécifiquement que celui-ci permettait de regarder gratuitement et facilement, sur un écran de télévision, du matériel audiovisuel disponible sur Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur.

En raison de cette installation délibérée, l'acte de vente ne pouvait pas être considéré comme une simple fourniture d'installations mais constituait bien un acte de communication.

C. LE PARTAGE SUR LES RÉSEAUX PEER-TO-PEER

Le troisième type est le partage de fichiers via les réseaux peer-to-peer.

Ce mode de transmission est différent des systèmes traditionnels (dits « centralisés ») où le contenu est stocké sur un serveur et peut être consulté par les utilisateurs à l'aide de leurs ordinateurs, appelés clients. L'architecture pair-à-pair (« peer-to-peer ») est dite « décentralisée » parce que l'ordinateur de chaque utilisateur, c'est-à-dire chaque pair (« peer »), est non seulement un client qui reçoit les informations, mais également un serveur qui les stocke et les met à disposition d'autres pairs.

Pour fonctionner, l'architecture peer-to-peer fait appel à trois acteurs distincts :

- Le premier, que l'on appelle « téléverseur » (« uploader »), est celui qui met initialement un fichier à disposition des utilisateurs du réseau. Pour ce faire, il crée un fichier « metainfo » qui constitue une sorte d'empreinte digitale du fichier partagé et qui permettra aux autres participants du réseau de télécharger le fichier partagé.
- Le second, que l'on peut appeler « site d'indexation », est un site web traditionnel qui regroupe les fichiers « metainfo ». Ce rôle est essentiel puisqu'il répertorie les fichiers « metainfo » et permet ainsi facilement aux utilisateurs de localiser et de partager le fichier correspondant sur le réseau peer-to-peer.
- Enfin, le troisième, que l'on peut appeler « téléchargeur » (« downloader »), est le participant du réseau peer-to-peer qui, généralement via un site d'indexation, a trouvé un fichier qu'il souhaite télécharger. En le téléchargeant, à moins d'avoir désactivé le partage de fichiers, il partagera également des morceaux du fichier téléchargé avec les autres utilisateurs du réseau peer-to-peer qui téléchargent le même fichier, contribuant ainsi à la diffusion du fichier sur le réseau peer-to-peer.

L'affaire « *Stichting Brein (The Pirate Bay)* »³⁸

Dans la première affaire concernant les réseaux peer-to-peer, la Cour fut interrogée sur la question de savoir si le second acteur, le site d'indexation, effectue une communication au public. Il s'agissait en l'espèce du célèbre site d'indexation « The Pirate Bay ».

Le rôle du site d'indexation se limite au partage des fichiers « metainfo, » qui ne contiennent pas l'œuvre mais uniquement des indications pour retrouver le fichier contenant l'œuvre sur le réseau. Par

³⁸ Arrêt du 14 juin 2017, *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456.

ailleurs, ce n'est pas la plateforme d'indexation qui crée ces fichiers « metainfo » ; ils sont placés sur la plateforme d'indexation par les premiers acteurs (« uploaders »).

Ces circonstances ne sont cependant pas déterminantes puisque, comme nous l'avons vu, la Cour avait déjà considéré que la publication d'un lien hypertexte (qui ne contient pas non plus l'œuvre mais constitue simplement un élément permettant d'y accéder) peut constituer une communication au public.

Ce qui compte est, une nouvelle fois, le caractère délibéré de l'intervention, à savoir si la plateforme d'indexation donne « *en pleine connaissance de cause, accès à ses clients à des œuvres protégées* ».

La Cour conclut par l'affirmative, soulignant que les administrateurs de « The Pirate Bay » procèdent à l'indexation des fichiers « metainfo », de sorte que les œuvres auxquelles ces fichiers renvoient puissent être facilement localisées et téléchargées par les utilisateurs. Ils vérifient le classement des fichiers « metainfo » en fonction des œuvres auxquels ils renvoient (comme leur genre ou leur popularité). Enfin, ils procèdent à la suppression des fichiers « metainfo » obsolètes ou erronés et filtrent de manière active certains contenus.

Par ailleurs, la Cour relève que les administrateurs « *manifestent expressément, sur les blogs et les forums disponibles sur ladite plateforme, leur objectif de mettre des œuvres protégées à la disposition des utilisateurs, et incitent ces derniers à réaliser des copies de ces œuvres* »³⁹.

Dans ces circonstances, leur intervention doit être qualifiée de communication au public et ne saurait être considérée comme une « simple fourniture » d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication, au sens du considérant 27 de la directive 2001/29.

L'affaire « Mircom »⁴⁰

Dans la seconde affaire, la Cour se pencha sur le troisième acteur, le « téléchargeur » qui, lorsqu'il télécharge un fichier sur le réseau peer-to-peer, est également amené à en partager des morceaux avec les autres pairs, s'il n'a pas expressément désactivé la fonction de partage.

Ici encore, selon la Cour, le critère déterminant est celui de savoir si l'utilisateur donne, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, accès à des œuvres.

En particulier, la Cour ajouta qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, lors de l'installation du logiciel peer-to-peer, l'utilisateur a été ou non dûment informé sur les caractéristiques du réseau et notamment sur le partage automatique du fichier lors du téléchargement⁴¹.

D. LE RÔLE DES PLATEFORMES DE DIFFUSION SUR INTERNET

L'affaire « YouTube »⁴²

Dernièrement, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si les plateformes, comme YouTube, sur lesquelles les utilisateurs peuvent publier gratuitement des vidéos posent des actes de communication au public.

La Cour rappelle que la notion de « communication au public » associe deux éléments cumulatifs, à savoir un acte de communication d'une œuvre et la communication à un public.

³⁹ Arrêt du 14 juin 2017, *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, point 45.

⁴⁰ Arrêt du 17 juin 2021, *Mircom*, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492.

⁴¹ Arrêt du 17 juin 2021, *Mircom*, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492, points 49 et 50.

⁴² Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503.

Concernant l'acte de communication, la Cour rappelle qu'il requiert de constater le rôle « incontournable » joué par celui qui pose l'acte et le caractère « délibéré » de son intervention.

La Cour estime que le rôle de la plateforme est bien incontournable, puisqu'en l'absence de fourniture et de gestion d'une telle plateforme, le libre partage sur Internet de ces contenus s'avérerait impossible ou, à tout le moins, plus complexe⁴³.

Cependant, ce caractère incontournable n'est pas suffisant. En effet, si l'on ne devait retenir que le critère du rôle incontournable, « *toute fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication constituerait alors un acte de communication au public* », ce que le considérant 27 de la directive 2001/29 et la déclaration commune concernant l'article 8 du traité OMPI excluent expressément⁴⁴.

Dès lors, ici encore, c'est le caractère délibéré de l'intervention de l'exploitant d'une plateforme qui sera déterminant pour savoir si son intervention doit être qualifiée comme un acte de communication.

Selon la Cour, il importe de tenir compte de l'ensemble des éléments caractérisant la situation en cause et permettant de tirer, directement ou indirectement, des conclusions sur le caractère délibéré ou non de son intervention dans la communication illicite des contenus protégés.

Constituent à cet égard des éléments pertinents, notamment :

- le fait qu'un tel exploitant, alors même qu'il sait ou devrait savoir que, d'une manière générale, des contenus protégés sont illégalement mis à la disposition du public par l'intermédiaire de sa plateforme par des utilisateurs, s'abstient de mettre en œuvre les mesures techniques appropriées qu'il est permis d'attendre d'un opérateur normalement diligent dans sa situation pour contrer de manière crédible et efficace des violations du droit d'auteur sur cette plateforme, et
- le fait que cet exploitant participe à la sélection de contenus protégés communiqués illégalement au public, qu'il fournit sur sa plateforme des outils destinés spécifiquement au partage illicite de tels contenus ou qu'il promeut sciemment de tels partages, ce dont est susceptible de témoigner la circonstance que ledit exploitant a adopté un modèle économique incitant les utilisateurs de sa plateforme à procéder illégalement à la communication au public de contenus protégés sur celle-ci⁴⁵.

En revanche, la seule circonstance que l'exploitant connaît, d'une manière générale, la disponibilité illicite de contenus protégés sur sa plateforme ne suffit pas pour considérer qu'il intervient dans le but de donner aux internautes accès à ceux-ci. Il en va toutefois autrement si cet exploitant, alors qu'il a été averti par le titulaire des droits du fait qu'un contenu protégé est illégalement communiqué au public par l'intermédiaire de sa plateforme, s'abstient de prendre promptement les mesures nécessaires pour rendre ce contenu inaccessible⁴⁶.

En outre, si le caractère lucratif de l'intervention en cause n'est pas dénué de pertinence, le seul fait que l'exploitant d'une plateforme de partage de vidéos ou d'une plateforme d'hébergement et de partage de fichiers poursuit un but lucratif ne permet ni de constater le caractère délibéré de son intervention dans la communication illicite de contenus protégés, effectuée par certains de ses

⁴³ Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, point 77.

⁴⁴ Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, point 79.

⁴⁵ Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, point 84.

⁴⁶ Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, point 89.

utilisateurs, ni de présumer un tel caractère⁴⁷. En effet, le fait de fournir des services de la société de l'information dans un but lucratif ne signifie nullement que le fournisseur de tels services consent à ce que ceux-ci soient utilisés par des tiers pour porter atteinte au droit d'auteur.

A cet égard, la Cour rappelle que la présomption tirée de l'arrêt GS Media n'est pas applicable parce que l'exploitant d'une plateforme comme YouTube ne poste pas lui-même les vidéos dans un but lucratif (il agit uniquement comme fournisseur de service d'information), alors que dans GS Media le lien était publié de la propre initiative de GS Media⁴⁸.

4. TENTATIVE DE SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS

De cette évolution jurisprudentielle, il est à présent bien établi 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 ».

Chacun de ces éléments doit faire l'objet d'une appréciation individualisée au regard de plusieurs critères qui sont, selon la Cour, « complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres »⁴⁹.

Selon la Cour, ces critères « peuvent, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable » et il convient de les appliquer « tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres »⁵⁰.

La Cour n'a jamais donné une liste exhaustive des critères à prendre en considération et a toujours adopté des formulations lui réservant la possibilité d'en ajouter.

Concernant la notion d'acte de communication, nous avons vu que la Cour a systématiquement fait usage des deux critères suivants : le rôle incontournable joué par celui qui pose l'acte et le caractère délibéré de son intervention.

En l'absence de caractère délibéré de l'intervention, il ne peut y avoir d'acte de communication au public. Autrement dit, l'acte de communication implique une intervention, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à une œuvre protégée.

Ainsi, comme nous l'avons vu dans l'affaire *Mircom*, les utilisateurs de réseau peer-to-peer qui n'auraient pas été informés qu'en téléchargeant un fichier, leur ordinateur participe également au partage de celle-ci, ne commettent pas d'acte de communication au public.

Le caractère délibéré de l'intervention est également crucial pour opérer la distinction entre un acte de communication au public et une simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication.

Nous l'avons vu dans l'affaire *Sim et Sami*, concernant la location de véhicules équipés de postes de radio. De même, dans l'affaire *Stichting Brein (Filmspeler)*, nous avons vu que la vente d'équipement ne peut plus être considérée comme une simple fourniture d'installations lorsque le vendeur a, sur cet équipement, volontairement préinstallé des liens permettant d'avoir accès à des sites où sont illégalement publiées des œuvres protégées.

⁴⁷ Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, point 90.

⁴⁸ Arrêt du 22 juin 2021, *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, points 87 à 89.

⁴⁹ Voy. not. arrêt du 2 avril 2020, *Stim et Sami*, C-753/18, ECLI:EU:C:2020:268, point 31 et jurisprudence citée.

⁵⁰ Voy. not. arrêt du 2 avril 2020, *Stim et Sami*, C-753/18, ECLI:EU:C:2020:268, point 31 et jurisprudence citée.

Enfin, le caractère délibéré de l'intervention est également déterminant lorsqu'un acteur participe à la diffusion d'œuvres qui sont disponibles sur Internet sans le consentement du titulaire des droits d'auteur.

Ainsi, dans l'affaire *GS Media*, la Cour s'est refusée à qualifier automatiquement de « communication au public » tout placement de liens vers des œuvres publiées illégalement sur Internet. Elle a, au contraire, privilégié une analyse fondée sur le caractère délibéré de l'intervention de celui qui place le lien, résultant de sa connaissance (ou non) du caractère illégal de la publication sur Internet. De même, dans l'affaire *YouTube*, c'est le caractère délibéré ou non de l'intervention de la plateforme qui détermine si elle commet une communication au public de contenus qui auraient été postés sur celle-ci par ses utilisateurs.

Par ailleurs, la Cour a également fait usage du critère du caractère lucratif qui est proche et interdépendant de l'intervention délibérée.

Nous avons vu à cet égard, que la Cour s'est refusée à tout automatisme mais que le caractère lucratif d'une intervention pouvait être déterminant soit pour confirmer le caractère délibéré de l'intervention (comme par exemple l'affaire *SGAE* concernant les hôtels) ou pour faire naître une présomption (réfragable) de ce caractère délibéré (comme jugé dans l'affaire *GS Media*). De même, l'absence de caractère lucratif de l'intervention peut également être utilisé pour déterminer si le public est ciblé ou simplement capté par hasard (comme jugé dans l'affaire *SCF*).

En tous les cas, plus de 25 ans après les arrêts de la Cour de cassation, notre Cour ne pourrait plus considérer qu'« aucune disposition légale ne subordonne la protection des droits de l'auteur d'une œuvre musicale à la condition que l'exécution ou la représentation ait lieu délibérément à usage du public »⁵¹ et que cette protection « ne dépend pas davantage de la localisation de l'appareil de radio, de la nature de son usage ou des intentions de son utilisateur »⁵².

Au contraire, le caractère délibéré de l'intervention est un critère fondamental dont la Cour de justice s'est servie pour tenir compte des circonstances multiples et variées auxquelles elle peut être confrontée, notamment eu égard aux évolutions technologiques.

Il ne fait aucun doute que ce critère a encore de beaux jours devant lui, comme en attestent les questions préjudicielles qui sont à ce jour pendantes devant la Cour de justice.

Au moment d'écrire ces lignes, la Cour est en effet saisie de pas moins de quatre affaires concernant la notion de « communication au public » et qui semblent toutes propices à l'application du caractère délibéré de l'intervention.

Deux affaires concernent la compatibilité avec la directive 2001/29 d'une disposition de droit national présumant un acte de communication au public par la simple présence d'appareils de sonorisation, notamment dans des trains et des avions. Or, la présence de ces appareils est imposée dans ces moyens de transport par une autre disposition du même droit national⁵³.

Une troisième affaire se situe dans le prolongement de l'arrêt *Stichting Brein (Filmspeler)* en ce qu'elle concerne des appareils IPTV mais qui permettent cette fois d'avoir accès tant à des œuvres disponibles sur Internet tant illicitement que licitement⁵⁴.

⁵¹ Cass., 26 septembre 1996, *IRDI* 1997/2, p. 172 (sous l'ancienne loi du 22 mars 1886).

⁵² Cass., 26 septembre 1996, *IRDI* 1997/2, p. 173 (sous loi alors nouvelle du 30 juin 1994).

⁵³ Questions préjudicielles dans les affaires *UPFR* (C-826/21) et *Blue Air Aviation* (C-775/21).

⁵⁴ Questions préjudicielles dans l'affaire *Ocilion IPTV Technologies* (C-426/21).

Enfin, dans une quatrième affaire, la Cour est interrogée sur une intervention consistant à réunir plusieurs signaux de programmes télévisés gratuits et payants et à revendre le produit audiovisuel propre ainsi créé, sous forme de bouquet⁵⁵.

⁵⁵ Questions préjudicielles dans l'affaire *AKM* (C-290/21)