

## 2. LA COUR DE JUSTICE, LE DROIT D'AUTEUR ET LE MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE : VOYAGE INTERTEXTUEL AU PAYS DES HYPERLIENS

**Julien Cabay**

Chargé de recherches du Fonds National de la Recherche  
Scientifique (F.R.S.-FNRS)

Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Chargé de cours à l'Université de Liège

Introduction : du marché intérieur au marché unique numérique	52
SECTION 1. Aux origines de la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine du droit d'auteur : l'établissement du marché intérieur comme objectif	54
SECTION 2. L'hypothèse d'un principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de construction du marché unique numérique	56
SECTION 3. La jurisprudence de la Cour de justice en matière d'hyperliens : un voyage intertextuel	58
Conclusion : un principe d'interprétation téléologique comme boussole	80

## Introduction : du marché intérieur au marché unique numérique

1. À l'entame de son mandat en juillet 2014, le Président sortant de la Commission européenne Jean-Claude Juncker avait fait part de sa volonté « [...] de prendre d'ambitieuses mesures législatives visant à créer un marché unique numérique connecté, notamment [...] en modernisant nos règles en matière de droit d'auteur compte tenu de la révolution numérique [...] »<sup>1</sup>. Cinq ans plus tard, à l'issue de la législature sortante, le bilan de la Commission laisse dubitatif.

Certes, le règlement (UE) 2017/1128 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur<sup>2</sup> a marqué le point de départ d'une nouvelle ère en droit d'auteur, d'une part, à raison de l'utilisation, pour la première fois, de l'instrument du règlement dans ce domaine plutôt que de celui de la directive, d'autre part, parce qu'il parvient à déjouer le principe de territorialité du droit d'auteur pour assurer la portabilité des contenus en ligne. Mais au vu de l'objet extrêmement limité du règlement et du moyen employé pour dépasser ce principe de territorialité<sup>3</sup>, force est de constater que le résultat apparaît maigre à la lumière de l'objectif annoncé<sup>4</sup>.

On aurait peut-être pu s'attendre à des résultats plus grandioses dans le cadre de la révision de la directive 2001/29/CE. Car si la proposition de directive – adoptée quelques minutes avant la finalisation de ces lignes – va sans aucun doute modifier fortement le paysage du droit d'auteur dans l'environnement numérique<sup>5</sup>, on est en droit de se demander si elle est de

---

1. Extrait des orientations politiques pour la prochaine Commission européenne – « Un nouvel élan pour l'Europe : mon programme pour l'emploi, la croissance, l'équité et le changement démocratique », reproduits dans la communication de la Commission européenne, « Stratégie pour un marché unique numérique », COM(2015) 192 final, 6 mai 2015, p. 2.

2. *J.O.U.E.*, L 168/1, 30 juin 2017.

3. Par le recours au principe du pays d'origine, que l'on connaissait déjà en matière de communication au public par satellite (voy. l'article 2, point b, de la directive 93/83/CEE relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble).

4. Voy. égal. notre opinion à ce sujet in J. CABAY et Ph. CAMPOLINI, « Chronique de législation en droit privé (1<sup>er</sup> janvier – 30 juin 2017) (2<sup>e</sup> partie) », *J.T.*, 2017, p. 811, n° 55.

5. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché numérique, COM(2016) 593 final, 14 septembre 2016. Le texte initial a été fortement

nature à réaliser véritablement le « marché unique numérique » annoncé<sup>6</sup>. En réalité, et de l'aveu de la Commission, une « harmonisation complète du droit d'auteur », qui soumettrait « [...] les auteurs et les artistes interprètes, les industries créatives, les utilisateurs et toutes les parties concernées par le droit d'auteur [...] aux mêmes règles, quel que soit l'endroit où il se trouve dans l'Union [...] », procède d'une « vision à long terme » qui ne peut se réaliser qu'au terme d'une « approche progressive »<sup>7</sup>.

2. Certainement, voir dans l'idée du « marché unique numérique » un marché dans lequel un corps de règles unique (notamment de droit d'auteur) s'appliquerait à tous, indépendamment de leur localisation, procède par abus de langage. Dans sa « [s]tratégie pour un marché unique numérique », la Commission européenne n'a d'ailleurs pas défini ce marché autrement que comme un « [...] espace dans lequel la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux est garantie [...] », et dans lequel il est possible d'« [...] accéder et se livrer à des activités en ligne [...] »<sup>8</sup>. La spécificité de ce marché résiderait dans le fait que sa construction est contrariée par l'existence d'« [...] un phénomène de morcellement et des entraves qui n'existent pas sur le marché unique physique [...] »<sup>9</sup> et au titre desquelles figurent notamment certaines règles du droit d'auteur<sup>10</sup>.

En ce sens, l'objectif de construction du marché unique numérique poursuivi par la Commission apparaît simplement comme la poursuite de l'achèvement du marché intérieur, prévu par l'article 3, § 3, du Traité sur l'Union européenne (T.U.E.)<sup>11</sup>, et dont la définition qui figure à l'article 26, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.), est en tous points semblables<sup>12</sup>.

modifié au cours. La dernière version du texte, adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2019, est disponible sur le site du Parlement : [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_EN.pdf) (dernière consultation : 26/03/2019).

6. Voy. la communication de la Commission européenne, « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », COM(2015) 626 final, 9 décembre 2015, p. 3 : « [...] la Commission considère qu'il est nécessaire : d'insuffler plus de marché unique dans les règles de l'Union en matière de droit d'auteur et, lorsqu'il y a lieu, de les harmoniser davantage, notamment en ciblant les aspects liés à la territorialité des droits [...] ».

7. *Ibid.*, p. 14.

8. Communication de la Commission européenne, « Stratégie pour un marché unique numérique », COM(2015) 192 final, 6 mai 2015, p. 3.

9. *Ibid.*, p. 3.

10. *Ibid.*, pp. 7-9.

11. « L'Union établit un marché intérieur. [...] ».

12. « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ».

3. On le sait, l'achèvement du marché intérieur constitue l'un des objectifs au cœur du projet d'intégration européenne<sup>13</sup>. À cet égard, on relève que le rôle de la propriété intellectuelle dans le cadre de la réalisation de cet objectif a été très clairement souligné à l'occasion de l'adoption du Traité de Lisbonne, qui a introduit dans le T.F.U.E. un article 118 permettant au Parlement européen et au Conseil, « dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur », de créer des « titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union ».

Si l'article 118 trace la voie pour la vision à long terme de la Commission<sup>14</sup> et permettra, le cas échéant, de concrétiser un jour le marché unique numérique, l'approche progressive prônée par celle-ci paraît décrire l'harmonisation du droit d'auteur en lien avec l'établissement du marché intérieur depuis ses origines, dans le cadre de l'action de la Cour de justice.

### Section 1. Aux origines de la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine du droit d'auteur : l'établissement du marché intérieur comme objectif

4. En effet, très tôt, et bien avant la première directive d'harmonisation dans le domaine de la propriété intellectuelle (en l'occurrence le droit des marques<sup>15</sup>), la Cour a saisi l'impact potentiel du droit de la propriété intellectuelle sur la construction de ce qu'on appelait alors le « marché commun ». Ainsi dans son arrêt *Consten et Grundig*<sup>16</sup>, la Cour a sanctionné sur la base des dispositions du droit de la concurrence le modèle économique mis en place par l'entreprise Grundig – combinant une marque Grundig, enregistrée en Allemagne par Grundig, et une marque Grundig International, enregistrée avec l'autorisation de Grundig par son distributeur exclusif dans le pays concerné, dans le cas d'espèce Consten pour la France – par lequel elle assurait à ses distributeurs dans les différents pays une protection territoriale absolue. Les parties défendaient la licéité du modèle aux motifs, notamment, que la matière de la propriété industrielle relevait de la compétence des États

13. K. LENAERTS et P. VAN NUFFELS, *Europees recht*, Antwerpen, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 129 et s., n<sup>os</sup> 169 et s.

14. L'harmonisation complète du droit d'auteur à laquelle la Commission fait référence dans sa communication (voy. *supra*, note 7) prendrait « [...] la forme d'un code unique du droit d'auteur et d'un titre de droit d'auteur unifié [...] ».

15. Première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.C.E.*, L 40/1, 11 février 1989.

16. C.J.C.E., 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c. Commission*, aff. jointes 56-64 et 58-64.

membres et n'était pas affectée par les traités<sup>17</sup>, et que s'il devait y avoir une contradiction de la limitation territoriale de la marque avec les objectifs du marché commun, alors il ne pourrait y être remédié que par une harmonisation par le législateur européen<sup>18</sup>. Ces arguments étaient toutefois insuffisants à convaincre la Cour, qui les repoussa par un attendu qui ne devait pas tarder à révéler tout son potentiel pour le marché commun, celle-ci estimant que les dispositions invoquées du traité « [...] ne s'opposent pas à toute incidence du droit communautaire sur *l'exercice* des droits nationaux de propriété industrielle » (nous soulignons).

5. Rapidement, le potentiel de cette jurisprudence s'est pleinement révélé. Dans son arrêt *Deutsche Grammophon*<sup>19</sup>, en matière de droits voisins, la Cour s'est ainsi clairement engagée dans voie de l'intégration des marchés. Dans le cadre de son interprétation de l'article 36 du traité (aujourd'hui T.F.U.E.), qui permet certaines limitations à la liberté de circulation des marchandises pour des raisons de propriété industrielle et commerciale, elle a considéré que :

« [...] si le traité n'affecte pas *l'existence* des droits de reconnus par la législation d'un État membre [en cette matière], *l'exercice* de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le traité ; que, s'il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont *justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété* [...] » (point 11 ; nous soulignons).

Et la Cour de souligner que l'interdiction qui résulterait de l'exercice du droit voisin d'un fabricant de supports de son, dans les circonstances de l'espèce, aurait pour conséquence de « [...] consacr[er] l'isolement des marchés [ce qui] se heurte au *but essentiel du traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique* [...] » (point 12 ; nous soulignons).

6. Il faudra encore attendre quelques années et un arrêt *Musiek Vertrieb*<sup>20</sup> pour que la Cour pose le principe dans la matière du droit d'auteur

17. Sur la base des articles 36 et 222 du Traité de Rome, aujourd'hui 36 et 345 du T.F.U.E. L'article 36 prévoit que « [l]es dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de [...] protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ». L'article 345 prévoit que « [l]es traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ».

18. Sur la base des articles 100 et 102 du Traité de Rome, aujourd'hui 115 et 117 T.F.U.E.

19. C.J.C.E., 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmärkte*, aff. 78/70.

20. C.J.C.E., 20 janvier 1981, *Musiek-Vertrieb Membran c. GEMA*, aff. jointes 55/80 et 57/80.

proprement dite. À cette occasion, elle a souligné dans des termes on ne peut plus clair que :

« [...] [l]a thèse soutenue devant la Cour par les gouvernements belge et italien, et selon laquelle, à défaut d'harmonisation dans ce secteur, le principe de la territorialité de la législation en matière de droits d'auteur prévaudrait toujours contre celui de la libre circulation des marchandises au sein du marché commun, ne saurait être accueillie. En effet, *le but essentiel du traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique* ne pourrait être atteint si, en vertu des divers régimes juridiques des États membres, leurs ressortissants avaient la possibilité de cloisonner le marché et d'aboutir à des restrictions déguisées dans le commerce entre les États membres [...] » (point 14 ; nous soulignons).

7. Ce rappel historique n'a rien d'anecdotique. Car si la matière du droit d'auteur est désormais largement harmonisée au niveau de l'Union européenne, cette harmonisation n'en reste pas moins partielle, ainsi que l'a souligné la Cour à plusieurs reprises<sup>21</sup>. Or précisément, il ressort du considérant 7 de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur dans la société de l'information<sup>22</sup> que l'harmonisation qu'elle poursuit l'est « [...] dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du *marché intérieur*. [...] En revanche, il n'est pas nécessaire de supprimer ou de prévenir les disparités qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du *marché intérieur* » (nous soulignons). Aussi, nous pensons que c'est à la lumière de ces arrêts fondateurs, brièvement rappelés ci-dessus, qu'il convient de lire la jurisprudence récente de la Cour.

## Section 2. L'hypothèse d'un principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de construction du marché unique numérique

8. Ces quelques arrêts mettent en évidence la volonté qui a animé la Cour, bien avant l'entame de l'harmonisation du droit d'auteur – initiée avec l'adoption de la directive 91/250/CEE<sup>23</sup> concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (aujourd'hui 2009/24/CE<sup>24</sup>) –, d'agir sur la matière du droit d'auteur afin de limiter les conséquences du principe de

21. C.J.U.E., 14 février 2017, avis 3/15, point 115 ; C.J.U.E., 26 mars 2015, *C More Entertainment c. Sandberg*, C-279/13, point 29 ; C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan c. Nokia Danmark*, C-463/12, point 88.

22. *J.O.U.E.*, L 167/10, 22 juin 2001.

23. *J.O.U.E.*, L 122/42, 17 mai 1991.

24. *J.O.U.E.*, L 111/16, 5 mai 2009.

territorialité de ce droit sur l'établissement du marché intérieur, objectif fondamental du traité. La chose ne doit pas surprendre. Ainsi que le soulignent K. Lenaerts et J. A. Gutierrez-Fons, dans le cadre de son interprétation du droit primaire, la Cour recourt en priorité à la méthode téléologique<sup>25</sup>. L'harmonisation ultérieure de la matière du droit d'auteur a-t-elle pu modifier la perspective de la Cour ? À suivre l'actuel Président de la Cour de justice et son référendaire, il n'en serait rien car dans pareil cas de figure, la Cour est alors prise entre deux extrêmes – la généralité du droit primaire, le haut degré de précision du droit dérivé – et se doit de prendre en compte les objectifs du traité<sup>26</sup>. À cet égard et spécifiquement à propos du droit d'auteur, on relève que K. Lenaerts a d'ailleurs souligné que celui-ci bénéficie d'un « [...] *statut particulier* dans la mesure où il est protégé tant par le droit primaire – notamment par l'article 17, § 2, de la Charte – que par le droit dérivé, étant donné qu'il fait l'objet d'une harmonisation à l'échelle législative [...] »<sup>27</sup>.

9. À lumière de ces éléments, nous pensons donc pouvoir formuler l'hypothèse suivante. Si l'objectif d'établissement du marché intérieur a pu guider l'interprétation du droit de l'Union avant l'harmonisation et l'apparition d'Internet, il apparaîtrait cohérent, dans l'approche de la Cour de justice, que le prolongement dudit marché dans l'environnement numérique guide son interprétation contemporaine du droit d'auteur, lequel n'est que partiellement harmonisé. Autrement dit, si la Cour de justice est animée, dans le domaine du droit d'auteur, par la poursuite d'un « agenda d'harmonisation », ainsi qu'on a pu l'écrire<sup>28</sup>, ce serait précisément afin de construire le marché unique numérique.

Trois séries d'arrêts, dont la teneur est directement liée à la construction du marché unique numérique, nous paraissent vérifier cette hypothèse, à savoir les arrêts consacrés aux hyperliens, appréhendés à travers le droit de

25. K. LENAERTS et J. A. GUTTIEREZ-FONS, « To Say What the Law of the EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *20 Colum. J. Eur. L.* 3 (2013), p. 31 : « [...] *when interpreting primary EU law, the ECJ has given priority to the teleological method of interpretation over others, since the Treaties are imbued with a purpose-driven functionalism [...]* ».

26. *Ibid.*, p. 32 : « [...] *While Treaty provisions are often concepts drafted in broad terms, secondary EU legislation is often highly technical and complex. Thus, in order to fill the gap between those two extremes – the generality of primary EU law and the high degree of precision of secondary EU law – the ECJ has no choice but to take into account the objectives pursued by the Treaties [...]* ».

27. K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT (eds), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, p. 243.

28. Voy. not. J. GRIFFITHS, « Constitutionalising or harmonizing ? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », *Eur. L. Rev.*, 2013, pp. 65 et 77.

communication au public<sup>29</sup>, à l'interprétation du droit de distribution<sup>30</sup> (et de son épuisement<sup>31</sup>) dans le contexte du commerce électronique et aux modalités des injonctions à l'encontre des intermédiaires sur Internet aux fins de protéger le droit d'auteur<sup>32</sup>. Dans le cadre restreint de la présente contribution, nous nous limiterons à la première de ces trois séries d'arrêts.

### Section 3. La jurisprudence de la Cour de justice en matière d'hyperliens : un voyage intertextuel

10. Lire la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'hyperliens pour vérifier l'hypothèse qui est la nôtre revient à s'embarquer pour un véritable voyage intertextuel. Pareille lecture convoque en effet de multiples arrêts qui, reliés entre eux, nous paraissent dévoiler un massif montagneux cohérent, fait d'élégantes lignes de crête que l'on voit se dessiner au loin. Mais le tout est vertigineux et suppose, pour jouir de ce panorama, d'emprunter des chemins qui sont loin d'être balisés. Aussi notre propos ne pourra-t-il être tenu suivant un schéma chronologique.

Plutôt, nous proposons de débiter l'analyse de la matière en mettant en évidence en quoi les hyperliens constituent un cas topique du marché unique numérique (§ 2). C'est ensuite l'arrêt *Svensson* qui inaugurerait notre voyage, lequel nous emmènerait de la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique du droit d'auteur au critère du « nouveau public » (§ 3). Nous ferons ensuite une halte pour procéder à l'analyse de l'arrêt *Renckhoff*, qui nous permettra de passer du « nouveau public » à la règle de l'épuisement et ses limites (§ 4). L'arrêt *Filmspeler* ne sera qu'une brève escale, destinée à souligner le glissement qui s'opère, depuis la libre circulation des marchandises vers celles des

29. C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson e.a. c. Retriever Sverige*, C-466/12 ; C.J.U.E., 21 octobre 2014, *BestWater International c. Mebes et Potsch*, C-348/13 ; C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15 ; C.J.U.E., 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Willems*, 26 avril 2017, C-527/15 ; C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Renckhoff*, C-161/17.

30. C.J.U.E., 21 juin 2012, *Donner*, C-5/11 ; C.J.U.E., 6 février 2014, *Blomqvist c. Rolex*, C-98/13 ; C.J.U.E., 13 mai 2015, *Dimension Direct Sales et Labianca c. Knoll International*, C-516/13.

31. C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usesoft c. Oracle International*, C-128/11 ; C.J.U.E., 12 octobre 2016, *Ranks et Vasilovics*, C-166/15.

32. C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio c. Perfect Communication Sweden*, C-461/10 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12 ; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14 ; C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17.

services (§ 5). Enfin, l'arrêt *GS Media* marquera la dernière étape de notre voyage, dans lequel l'on se livrera à l'analyse des limites du droit de mise à la disposition du public, à la recherche du « juste équilibre » (§ 6).

Mais à titre liminaire et pour bien préparer notre voyage, il apparaît utile de rappeler brièvement le processus d'« autonomisation » des notions du droit d'auteur de l'Union, qui constitue la prémisse au départ de laquelle la Cour se livre à l'interprétation téléologique formulée dans notre hypothèse (§ 1).

## §1. Les « notions autonomes du droit de l'Union » : vers un droit d'auteur plus européen

11. La doctrine des « notions autonomes »<sup>33</sup> est classique en droit de l'Union et a fait l'objet de nombreuses utilisations par la Cour de justice dans des domaines très divers. En vertu de cette doctrine, la Cour considère, d'une façon tout à fait générale, qu'il découle des exigences, tant de l'application uniforme du droit communautaire, que du principe d'égalité, que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comportent aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation. Ainsi la doctrine des notions autonomes a été appliquée dès 1984 à des textes européens concernant des domaines aussi divers que les restitutions à l'exportation dans le secteur de la viande bovine<sup>34</sup>, l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement<sup>35</sup>, les décisions d'entrée de personnes sur le territoire<sup>36</sup>, le régime de la T.V.A.<sup>37</sup>, la publicité télévisée<sup>38</sup> ou la compétence juridictionnelle<sup>39</sup>. Ce raisonnement continue d'ailleurs d'être appliqué aujourd'hui dans d'autres secteurs que le droit d'auteur<sup>40</sup>.

33. Les deux paragraphes qui suivent empruntent largement à J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre : "Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute" », Commentaires sous C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, *R.D.C.*, 2019 (à paraître), n° 2.

34. C.J.C.E., 18 janvier 1984, *Ekro c. Produktschap*, C-327/82, point 11.

35. C.J.C.E., 19 septembre 2000, *Grand-duché du Luxembourg c. Linster*, C-287/98, point 43.

36. C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Yiadam*, C-357/98, point 26.

37. C.J.C.E., 15 juillet 2004, *Finanzamt Rendsburg c. Harbs*, C-321/02, point 28 ; C.J.C.E., 6 mars 2008, *Nordania Finans et BG Factoring c. Skatteministeriet*, C-98/07, point 17.

38. C.J.C.E., 18 octobre 2007, *KommAustria c. ORF*, C-195/06, point 24.

39. C.J.C.E., 2 avril 2009, *A*, C-523/07, point 34.

40. Voy. parmi de nombreux exemples, C.J.U.E., 18 octobre 2016, *République grecque c. Nikiiforidis*, C-135/15, point 28 (à propos de loi applicable aux obligations contractuelles) ; C.J.U.E., 18 mai 2017, *Hummel Holding c. Nike*, C-617/15, point 22 (concernant les marques de l'Union européenne) ; C.J.U.E., 27 septembre 2017, *Nintendo c. Big Ben*, C-24/16 et C-25/16, point 70 (en matière de dessins ou modèles communautaires).

C'est donc par un raisonnement déjà éprouvé et en vertu d'une jurisprudence constante que, à partir de l'année 2003, la Cour s'est mise à transposer la doctrine des notions autonomes aux actes de l'Union concernant le droit d'auteur<sup>41</sup>. Dès qu'un mot ou une expression contenue dans une directive sur le droit d'auteur ne s'y trouve pas défini et ne contient aucun renvoi au droit national, la Cour considère qu'il lui appartient d'en préciser la portée.

La solution vaut tout particulièrement pour la directive 2001/29. Dans son arrêt *Padawan*<sup>42</sup>, la Cour a effet énoncé que :

« [...] la finalité de la directive 2001/29, fondée notamment sur l'article 95 CE [114 T.F.U.E.] et visant à harmoniser certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ainsi qu'à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur résultant de la diversité des législations des États membres, implique le développement de notions autonomes du droit de l'Union » (point 35).

De ce passage et des références à l'arrêt *Laserdisken* qu'il contient<sup>43</sup>, il se déduit clairement que dans la logique de la Cour, la nécessaire « autonomisation » des notions du droit d'auteur tient au fait que son harmonisation poursuit l'établissement du marché intérieur. Il apparaît alors logique que cet objectif ne commande pas uniquement l'« autonomisation », mais dirige également l'interprétation du contenu de la notion ainsi autonomisée.

41. C.J.C.E., 6 février 2003, *SENA c. NOS*, C-245/00, point 23 ; C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, point 24 ; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 31 ; C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 27-29 ; C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, points 31-37 ; C.J.U.E., 30 juin 2011, *VEWA c. Belgique*, C-271/10, point 25 ; C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, points 154 et 185 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Circul Globus București c. UCMR – ADA*, C-283/10, points 31-32 ; C.J.U.E., *DR et TV2 Danmark c. NCB*, C-510/10, point 33 ; C.J.U.E., 21 juin 2012, *Donner*, C-5/11, point 25 ; C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft C. Oracle International*, C-128/11, point 39 ; C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson e.a. c. Retriever Sverige*, C-466/12, points 33-41 ; C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Helena Vandersteen e.a.*, C-201/13, points 14 et 16 ; C.J.U.E., 13 mai 2015, *Dimensione Direct Sales et Labianca c. Knoll International*, C-516/13, point 22 ; C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 17 ; C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, point 33.

42. C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, point 35. Voy. égal. C.J.U.E., *DR et TV2 Danmark c. NCB*, C-510/10, point 35.

43. L'arrêt *Laserdisken* auquel se réfère la Cour porte sur l'interprétation de la règle de l'épuisement, laquelle règle (aujourd'hui inscrite dans les différents règlements et directives dans le domaine de la propriété intellectuelle) résulte précisément de la jurisprudence de la Cour sur l'interaction entre droit de la propriété intellectuelle et liberté de circulation des marchandises. Les points de l'arrêt auxquels se réfère la Cour sont ceux qui soulignent que la directive 2001/29 poursuit l'objectif de l'établissement du marché intérieur, voy. C.J.U.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-470/04, points 26 et 31 à 34.

## §2. Les hyperliens et le « nouveau public » : un cas topique du marché unique numérique

12. Dans le cadre de l'interprétation de la directive 2001/29/CE, c'est précisément la notion de communication au public qui a connu les honneurs de la première « autonomisation », à la faveur d'un arrêt *SGAE*<sup>44</sup>. Interprétant le droit de communication au public (art. 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive) dans les circonstances de l'espèce – la distribution, par un établissement hôtelier, d'un signal de télévision aux clients de l'établissement, au moyen d'appareils de télévision installés dans les chambres –, la Cour de justice a introduit à cette occasion dans la définition la notion le critère du « nouveau public ».

13. Ce critère, mobilisé dans l'arrêt *SGAE* dans le cadre de l'interprétation du droit général de communication au public, a ensuite été employé par la Cour dans l'hypothèse d'une « mise à la disposition du public ». Il s'agit là d'une occurrence spécifique de la communication, en ceci que l'œuvre ne doit pas être adressée simultanément à l'ensemble du public ou à un public réuni en un même lieu ou sur la base d'un programme préétabli<sup>45</sup>, mais bien qu'elle puisse être mise à la disposition du public « de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »<sup>46</sup>. La caractéristique de cette communication réside donc dans le fait que le public a accès à l'œuvre « à la demande », de manière « interactive »<sup>47</sup>.

La réglementation spécifique du droit de mise à la disposition du public et sa réservation explicite au profit de l'auteur est intimement liée au développement des réseaux informatiques et à l'utilisation d'Internet<sup>48</sup>. Aussi l'interprétation retenue de ce droit par la Cour de justice est-elle évidemment de nature à impacter la construction du marché unique numérique, de par le caractère transfrontalier d'Internet. À cet égard, on relève d'ailleurs qu'en dehors de la matière du droit d'auteur, la Cour de justice a plusieurs fois souligné l'ubiquité des contenus disponibles sur Internet. Spécialement, dans la matière toute proche du droit *sui generis* du fabricant d'une base de données – à propos d'une « réutilisation effectuée au moyen du serveur d'un site Internet » –, la Cour a souligné dans son arrêt *Sportradar*<sup>49</sup> que :

« [...] un tel mode opératoire de mise à la disposition du public se distingue, dans son principe, des modes traditionnels de diffusion par l'ubiquité

44. C.J.U.E., 7 décembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 31.

45. I. STAMOUDI et P. TORREMANS, « The Information Society Directive », in *EU Copyright Law – A Commentary*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2014, p. 411, n° 11.24.

46. Art. 3, § 3, de la directive 2001/29/CE, *in fine*.

47. Voy. de manière générale S. DEPREUW, *The Variable Scope of Exclusive Economic Rights in Copyright*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, pp. 438 et s., n°s 630 et s. 48. *Ibid.*

49. C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Football Dataco e.a. c. Sportradar*, C-173/11.

du contenu du site Internet, lequel peu, en effet, être consulté instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de l'exploitant de ce site visant à la consultation de celui-ci au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle [...] » (point 35).

Dans le cadre de l'analyse que nous proposons, et comme annoncé, l'on se concentrera sur la jurisprudence relative aux liens hypertextes (hyperliens) qui, suivant la Cour de justice, « [...] contribuent notamment au bon fonctionnement d'Internet en permettant la diffusion d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantité d'informations [...] »<sup>50</sup>. À ce titre, les hyperliens constituent ainsi un cas topique pour la vérification de notre hypothèse.

### §3. L'arrêt *Svensson* : de la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique du droit d'auteur au « nouveau public »

14. Dans son arrêt *Svensson*<sup>51</sup>, la Cour de justice a été amenée pour la première fois à se prononcer sur la question du statut des hyperliens au regard du droit d'auteur. Dans les circonstances de l'espèce, il s'agissait de liens hypertextes fournis sous la forme d'une liste sur le site de *Retriever Sverige* et qui renvoyaient vers des articles de presse publiés par Nils Svensson et d'autres journalistes sur le site Internet du journal *Göteborgs-Posten*, où ils étaient librement accessibles.

Interrogée sur la question de savoir si la fourniture de cette liste de liens cliquables constituait une communication au public, la Cour a procédé à l'analyse en deux temps, distinguant entre les deux éléments cumulatifs constitutifs de la notion, à savoir l'existence d'un « acte de communication » et d'un « public » (point 16), suivant en cela une jurisprudence désormais bien établie<sup>52</sup>.

S'agissant de l'existence d'un acte de communication, la Cour répond de manière positive, dès lors que les liens cliquables permettent effectivement d'avoir accès aux œuvres vers lesquelles ils renvoient, or que la simple possibilité d'accès est suffisante, dans le cadre d'une interprétation large du droit de communication au public fondée sur l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection aux titulaires d'un droit d'auteur (points 17 à 20).

50. C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 40.

51. C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson e.a. c. Retriever Sverige*, C-466/12.

52. Voy. dernièrement C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 19.

S'agissant de la seconde condition, la Cour considère également que la communication est faite à un public – à savoir « un nombre indéterminé de destinataires potentiels et [qui] implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important »<sup>53</sup> –, lequel consiste en « [...] l'ensemble des utilisateurs potentiels du site [...] » géré par Retriever Sverige (points 21 à 23).

15. Pour autant, la Cour ne considère pas qu'il y ait, dans pareil cas, une communication au public au sens de la directive. Élaborant sur la base de sa jurisprudence précédente, la Cour estime en effet que, lorsque la seconde communication intervient « selon le même mode technique » que la communication initiale – en l'occurrence Internet –, il convient alors de vérifier si cette seconde communication est « [...] 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 » (point 24). Or dans les faits, dès lors que les œuvres (les articles de presse) avaient été placées par leurs auteurs sur le site du journal *Göteborgs-Posten* sans aucune restriction d'accès et donc y étaient librement accessibles, « [...] le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné [...] », soit « [...] tous les internautes [...] » (point 26). Dans ces conditions, le public cible du site de Retriever Sverige, sur lequel est opérée la seconde communication, ne constitue donc pas un « public nouveau » de sorte que cette seconde communication ne nécessite pas l'autorisation des auteurs des articles de presse (points 27 et 28). Il en aurait été autrement si cette seconde communication avait permis de contourner des mesures de restriction d'accès entreprises par le site sur lequel était opérée la communication initiale, puisque dans pareil cas la seconde communication aurait permis de toucher un public « [...] qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale [...] », et donc « nouveau » (point 31).

16. Lu à travers le prisme de la jurisprudence de la Cour relative à la sauvegarde de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle – précisément rendue dans le cadre de l'interprétation des libertés de circulation de marchandises et des services et donc dans le cadre de l'établissement du marché intérieur –, l'arrêt *Svensson* semble le résultat d'une analyse cohérente opérée par la Cour.

La théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle, dont les origines remontent à l'arrêt *Deutsche Grammophon*<sup>54</sup>, et qui relève d'une interprétation du droit primaire, est aujourd'hui largement

53. Il s'agit également d'une jurisprudence constante, voy. dernièrement C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 22.

54. C.J.C.E., 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmärkte*, aff. 78/70. Voy. l'attendu pertinent reproduit *supra*, n° 5.

supplantée par la règle de l'épuisement – inscrite dans le droit dérivé<sup>55</sup> – qui en est issue. Pour autant, même inscrite dans le droit dérivé, cette dernière règle « [...] doit [...] être interprétée à la lumière des règles du traité FUE relatives à la libre circulation des marchandises et notamment de l'article 36 TFUE »<sup>56</sup>. Et de fait, la Cour aujourd'hui encore interprète parfois la règle de l'épuisement à la lumière de cette théorie<sup>57</sup>.

Il est vrai que les limitations qui peuvent être apportées au droit de communication au public relèvent des dispositions relatives non pas à la liberté de circulation des marchandises mais bien des services. Cela étant, la Cour a jugé dans son arrêt *Coditel II*<sup>58</sup>, en matière de communication au public, que :

« [...] [l]a distinction sous-jacente à l'article 36, entre l'existence d'un droit reconnu par la législation d'un État membre en matière de protection de la propriété artistique et intellectuelle qui ne peut être affecté par les dispositions du traité, et son exercice qui pourrait constituer une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres, vaut également lorsque ce droit s'exerce dans le cadre de la circulation des services [...] » (point 13).

Aussi, il n'est pas exclu que l'exploitation au titre du droit de communication au public – que la Cour range dans l'objet spécifique du droit d'auteur depuis son arrêt *Coditel I*<sup>59</sup> – puisse, le cas échéant, être limitée par la Cour dans le cadre de son interprétation dudit droit à la lumière de l'objectif d'établissement du marché intérieur. Or, à analyser le droit de la mise à la disposition du public sur Internet à la lumière de la théorie de l'objet spécifique du droit d'auteur, il nous paraît que l'on rejoint précisément la solution de la Cour dans l'arrêt *Svensson*. À l'appui de cette analyse, deux arrêts de la

55. Voy. en droit d'auteur l'article 4, § 2, de la directive 2001/29/CE ; l'article 5, c) de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données ; l'article 4, § 2, de la directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée). Voy. égal. l'article 1<sup>er</sup>, § 2, de la directive 2006/115/CE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur.

56. Voy. récemment à propos de l'épuisement en matière de marques, C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Schweppes c. Red Paralela*, C-291/16, point 30.

57. Voy. explicitement C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft C. Oracle International*, C-128/11, points 62-63. Sur cet arrêt, voy. notre contribution, J. CABAY, « L'épuisement en ligne du droit d'auteur – Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution », *A&M*, 2013, pp. 303-319.

58. C.J.C.E., 6 octobre 1982, *Coditel e.a. c. Ciné-Vog Film* (Coditel II), aff. 262/81.

59. C.J.C.E., 30 mars 1979, *Coditel e.a. c. Ciné-Vog Film* (Coditel I), aff. 62/79 : « [...] 12. Le film cinématographique appartient à la catégorie des œuvres littéraires et artistiques mises à la disposition du public par la voie de représentations, qui peuvent se répéter à l'infini. À cet égard, les problèmes que comporte le respect du droit d'auteur par rapport aux exigences du traité ne sont pas les mêmes que ceux qui concernent les œuvres littéraires et artistiques dont la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, comme c'est le cas du livre ou du disque. [...] 14. [...] la faculté, pour le titulaire du droit d'auteur et ses ayants droit, d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvres littéraires ou artistiques [...] ».

Cour doivent être mobilisés, en l'occurrence les arrêts *Football Association Premier League* et *UsedSoft*.

17. Dans son arrêt *Football Association Premier League*<sup>60</sup>, la Cour a analysé le modèle de distribution de retransmissions télévisées de matches de football – par satellite et dont le signal ne pouvait être décrypté que par un décodeur – mis en place par Football Association Premier League avec des radiodiffuseurs nationaux, au moyen de licences territoriales exclusives. Notamment, la Cour a analysé la restriction à la libre prestation des services qu'implique la loi anglaise lorsqu'elle sanctionne, au titre de la violation du droit d'auteur, l'importation, la vente et l'utilisation au Royaume-Uni de décodeurs (authentiques) donnant accès au signal de radiodiffusion satellitaire émis au départ de la Grèce par le radiodiffuseur qui y est établi et bénéficie d'une licence. Suivant la Cour, par l'effet de cette législation anglaise, les dispositions du contrat entre le radiodiffuseur et ses clients, qui reflètent les clauses de limitation territoriale incluses dans des contrats conclus entre ce radiodiffuseur et les titulaires de droits de propriété intellectuelle sur les retransmissions télévisées de matches de football, se voient octroyer une protection juridique qui restreint la libre prestation des services (points 85 à 89).

La Cour analyse alors si cette restriction est justifiée, appropriée et proportionnée pour des raisons de propriété intellectuelle (point 93). Ayant estimé que les deux premières conditions sont rencontrées (points 94 à 104), elle examine la proportionnalité de la restriction à la lumière de la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle. Elle rappelle tout d'abord que suivant une jurisprudence constante :

« [...] cet *objet spécifique* vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la *mise à disposition* des objets protégés, en accordant des licences moyennant la paiement d'une rémunération [...] » (point 107 ; nous soulignons).

Et d'ajouter immédiatement que :

« [...] un tel objet spécifique ne garantit *pas* aux titulaires de droits concernés la possibilité de revendiquer *la rémunération la plus élevée possible*. En effet, conformément à cet objet, il ne leur est assuré [...] qu'une *rémunération appropriée* pour chaque utilisation des objets protégés [...] » (point 108 ; nous soulignons).

Quant au caractère approprié de la rémunération, la Cour estime que, pour que tel soit le cas,

« [...] une telle rémunération doit être en rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie. En particulier, elle doit être en

60. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08.

*rapport raisonnable avec le nombre réel ou potentiel de personnes qui en jouissent ou qui souhaitent en jouir [...] » (point 110 ; nous soulignons).*

Et de préciser, eu égard aux circonstances de l'espèce, que :

« [...] lorsqu'une telle rémunération est convenue entre les titulaires de droits concernés et les organismes de radiodiffusion, dans le cadre de vente aux enchères, rien ne s'oppose à ce que le titulaire de droits concerné réclame, à cette occasion, un montant qui prend en compte l'audience effective et l'audience potentielle tant dans l'État membre d'émission que dans tout autre État membre dans lequel les émissions incluant les objets protégés sont également reçues [...] » (point 112).

Enfin, la Cour aborde l'exclusivité territoriale absolue consentie au licencié, moyennant le paiement par celui-ci d'un supplément de rémunération<sup>61</sup>, et critique celle-ci au motif qu'elle

« [...] est de nature à aboutir à des différences de prix artificielles entre les marchés nationaux cloisonnés. Or, un tel cloisonnement et une telle différence artificielle de prix qui en est le résultat sont inconciliables avec le *but essentiel du traité, qui est la réalisation du marché intérieur* [...] » (point 115 ; nous soulignons).

La Cour conclut que ledit supplément de rémunération ne fait pas partie de la rémunération appropriée et donc que son versement « [...] va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer [aux] titulaires [de droits] une rémunération appropriée [...] » (point 116), autrement dit, *va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle* en cause<sup>62</sup>.

18. Sur ce dernier point, on constate que c'est exactement le raisonnement qui est tenu par la Cour dans l'arrêt *UsedSoft*<sup>63</sup>, cette fois au regard de la règle de l'épuisement. La Cour estime en effet que la première vente d'un programme d'ordinateur, par l'offre de téléchargement accompagnée d'une licence d'utilisation, permet au titulaire du droit d'auteur d'obtenir une rémunération appropriée et que ne pas admettre l'épuisement dans les circonstances de la cause

« [...] permettrait au titulaire du droit d'auteur de contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées au moyen d'Internet et d'exiger, à l'occasion de chaque revente, une *nouvelle rémunération* [...]. Une telle restriction à la

61. La concession sous licence des droits de diffusion par Football Association Premier League intervient au terme d'une procédure de mise en concurrence. Le soumissionnaire qui l'emporte pour une zone géographique déterminée est prêt à s'acquitter d'un supplément de rémunération pour acquérir l'exclusivité, dès lors qu'elle lui permet de distinguer ses services de ceux fournis par ses concurrents (points 32-34).

62. Ces différents attendus ont été récemment repris par le Tribunal, voy. T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal + c. Commission*, T-873/16, points 53 à 56.

63. C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft C. Oracle International*, C-128/11, points 62-63.

revente des copies de programmes d'ordinateur téléchargées au moyen d'Internet irait *au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle en cause* [...] » (point 63 ; nous soulignons).

Alors certes, ce dernier arrêt concerne formellement le droit distribution, mais dans les circonstances de la cause, la parenté est grande avec le droit de communication au public, la Cour ayant d'ailleurs estimé que l'existence d'un transfert de propriété – qualification qui n'a rien d'évidente en l'espèce<sup>64</sup> – « [...] transforme l'acte de communication au public [...] en un acte de distribution [...] » (point 52).

19. À y regarder de plus près, le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Svensson* présente avec ces deux arrêts une évidente parenté. En effet, lors de la première mise à la disposition du public par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement sur un site Internet, celui-ci peut prendre en considération « [...] l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné [...] » (comp. point 26) et, s'il décide d'exploiter économiquement cette mise à la disposition, obtenir à ce titre une rémunération appropriée. Aussi, lui permettre de contrôler les renvois à cette première mise à la disposition de l'œuvre, et donc les liens hypertextes vers cette œuvre placés par des tiers, lui permettrait d'obtenir une rémunération supplémentaire à celle qui est appropriée et irait donc au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder l'objet spécifique de son droit d'auteur.

Il ne pourrait en aller autrement que si ces renvois permettaient de communiquer l'œuvre 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 » (comp. point 24). Dans pareil cas, lui permettre d'exiger un supplément de rémunération au titre de l'exploitation économique auprès de ce public nouveau permet de faire correspondre la rémunération, considérée dans son ensemble, à une rémunération appropriée et apparaît donc de nature à sauvegarder l'objet spécifique de son droit d'auteur.

Pour cette raison également, l'auteur doit pouvoir contrôler les renvois à la première mise à la disposition de l'œuvre, et donc les liens hypertextes vers cette œuvre placés par des tiers, lorsqu'ils permettent de contourner des mesures de restriction d'accès entreprises par le site sur lequel était opéré la communication initiale, puisque dans pareil cas la seconde communication permet de toucher un public « [...] qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale [...] » (comp. point 31).

64. Voy. les points 43 à 46 de l'arrêt.

#### §4. L'arrêt *Renckhoff* : du « nouveau public » à la règle de l'épuisement et ses limites

20. La lecture de l'arrêt *Svensson* à la lumière de la jurisprudence relative à la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique du droit d'auteur et de l'épuisement inscrit le premier dans une certaine cohérence à l'égard de la seconde. Cette lecture cohérente s'est vue renforcée par le récent arrêt *Renckhoff*<sup>65</sup>.

Dans les faits ayant donné lieu à cette affaire, la photographie réalisée par Dirk Renckhoff avait été mise à la disposition du public avec son consentement sur un site Internet de voyage, où elle était librement accessible sans mesure de restriction. Dans le cadre d'un exposé scolaire publié sur le site Internet de l'école, ladite photographie avait été reprise par l'élève qui a réalisé cet exposé, avec l'indication d'une référence au site initial.

Suivant en cela son analyse en deux temps et sans grande surprise, la Cour a estimé que cette seconde mise en ligne peut s'analyser comme un « acte de communication », lequel est dirigé vers un « public » (points 19 à 23). La question de l'existence d'un « nouveau public » était par contre plus épineuse.

En effet, dans les circonstances de la cause, la seconde communication n'était pas réalisée par un simple renvoi hypertextuel à la communication initiale, mais bien par reproduction de la photographie sur un serveur puis mise à la disposition de cette reproduction sur le second site, accompagnée de la référence au site initial. Tandis que les uns arguaient devant la Cour que cette circonstance était sans importance et qu'il convenait de retenir la solution de l'arrêt *Svensson* et de conclure à l'absence de public nouveau (point 27), les autres estimaient au contraire que, dans pareil cas, il y avait bien une « [...] "nouvelle communication au public", eu égard notamment à la circonstance que, à la suite de cette nouvelle mise à disposition, ledit titulaire n'est plus en mesure d'exercer son pouvoir de contrôle sur la communication initiale de ladite œuvre [...] » (point 28).

21. Cette argumentation s'appuie sur un élément décisif – relevé également par le premier juge national –, à savoir que la reproduction sur un serveur suivie de la mise en ligne de cette reproduction a entraîné un « découplage » de la publication sur le site Internet de l'école avec la publication initiale sur le site Internet de voyage (voy. le point 10). Ainsi, si du point de vue de l'utilisateur du site Internet de l'école qui prend connaissance sur celui-ci du contenu issu du site de voyage, l'expérience n'est pas sensiblement

65. C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Renckhoff*, C-161/17.

différente de l'hypothèse où ce contenu lui serait présenté par la technique de la « transclusion » – et auquel la Cour a appliqué la jurisprudence *Svensson* dans son ordonnance *BestWater*<sup>66</sup> –, du point de vue de l'auteur, les situations sont incomparables (voy. le point 44). Ainsi que le souligne la Cour, considérer dans de telles circonstances que cette seconde mise à la disposition ne constitue pas une communication à un public nouveau, soumise au contrôle de l'auteur,

« [...] pourrait avoir pour effet de rendre impossible, ou, à tout le moins, nettement plus difficile l'exercice par le titulaire de son droit, de nature préventive, d'exiger qu'il soit mis fin à la communication de celle-ci, le cas échéant, en retirant l'œuvre dudit site Internet sur lequel celle-ci a été communiquée avec son autorisation ou en révoquant l'autorisation précédemment accordée à un tiers.

Ainsi, il en résulterait que, même dans l'hypothèse où le titulaire du droit d'auteur déciderait de ne plus communiquer son œuvre sur le site Internet sur lequel celle-ci a été initialement communiquée avec son autorisation, cette œuvre demeurerait disponible sur le site Internet sur lequel la nouvelle mise en ligne a été effectuée [...] » (points 30 et 31).

22. À l'appui de son raisonnement, la Cour mobilise précisément la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique du droit d'auteur et la règle de l'épuisement. En effet, si cette seconde mise à la disposition devait échapper au contrôle de l'auteur, cela « [...] reviendrait à consacrer une règle d'épuisement du droit de communication [...] » (point 33), en contradiction avec le libellé de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE<sup>67</sup>. Mais surtout, ceci « [...] priverait [le] titulaire [du droit d'auteur] de la possibilité d'exiger une rémunération appropriée pour l'utilisation de son œuvre [...] cela alors même que [...] l'objet spécifique de la propriété intellectuelle vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à disposition des objets protégés, en accordant des licences moyennant le paiement d'une *rémunération appropriée pour chaque utilisation* des objets protégés [...] » (point 34 ; nous soulignons).

66. C.J.U.E., 21 octobre 2014, *BestWater International c. Mebes et Potsch*, C-348/13. Dans les circonstances propres à cette affaire, la Cour a décrit l'expérience « utilisateur » comme suit : « [...] Lorsque les utilisateurs cliquaient sur ce lien, le film, lequel provenait de la plateforme vidéo mentionnée au point précédent, apparaissait en incrustation sur les sites Internet de MM. Mebes et Potsch, donnant l'impression qu'il était montré depuis ceux-ci [...] » (point 5).

67. « 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 ».

## §5. L'arrêt *Filmspeler* : entre libre circulation des marchandises et des services

23. La lecture combinée des arrêt *Svensson* et *Renckhoff* nous paraît témoigner la cohérence de l'approche de la Cour. Épousant le mouvement de transition de la distribution des contenus, jadis opérée exclusivement dans les monde physique – et largement gouvernée par le droit de distribution –, aujourd'hui de plus en plus assurée de manière interactive dans le monde numérique<sup>68</sup> – et largement gouvernée par le droit de mise à la disposition du public –, la Cour semble transposer à l'exploitation des œuvres sur Internet sa jurisprudence historique relative à l'impact du droit d'auteur sur l'établissement du marché intérieur. Cette transposition n'est toutefois pas évidente puisque la dématérialisation, caractéristique du marché unique numérique, déplace le cœur de l'analyse. En effet, ce n'est plus tant au regard de la liberté de circulation des marchandises qu'il conviendra d'analyser les choses, mais plutôt de la liberté de circulation des services<sup>69</sup>.

24. L'interprétation de la Cour dans son arrêt *Filmspeler*<sup>70</sup> illustre à merveille ce passage du monde physique au monde numérique. La Cour y a en effet considéré que la vente d'un lecteur multimédia, sur lequel ont été préinstallés des « [...] modules complémentaires [...] [qui permettent] d'avoir accès, par l'intermédiaire de menus structurés, aux liens que contiennent lesdits modules qui, lorsqu'ils sont activés au moyen de la télécommande de ce

68. Voy. not. la communication de la Commission européenne, « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », COM(2015) 626 final, 9 décembre 2015, p. 2 : « [...] Les technologies numériques, la généralisation des connexions à haut débit et le recours à l'internet dans la vie quotidienne ont transformé la manière dont les contenus créatifs sont produits, diffusés et utilisés. L'internet est devenu un canal de distribution essentiel. En 2014, 49 % des internautes de l'Union ont écouté de la musique, visionné des vidéos ou joué à des jeux en ligne. Des modèles économiques qui n'existaient pas il y a encore 15 ans et de nouveaux acteurs tels que les plateformes en ligne sont aujourd'hui bien établis, et les services en ligne sont désormais pour les consommateurs un moyen normal d'accéder à des contenus créatifs, qui complètent les formats physiques tels que les livres ou les DVD [...] ».

69. Voy. à cet égard les développements sur le rapport entre les deux libertés in C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08. La Cour y souligne que « [...] lorsqu'une mesure nationale se rattache tant à la libre circulation des marchandises qu'à la libre prestation des services, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée [...] » (point 78). Or, « [...] en matière de télécommunications, ces deux volets sont souvent intimement liés sans que l'un puisse être considéré comme tout à fait secondaire par rapport à l'autre [...] » (point 79). La Cour estime toutefois que « [...] lorsqu'une réglementation vise, en la matière, une activité qui est particulièrement caractérisée au niveau des services fournis par les opérateurs économiques, tandis que la livraison d'équipements de télécommunication ne s'y rattache que de façon purement secondaire, il convient d'examiner cette activité au regard de la seule liberté de prestation de services [...] » (point 80).

70. C.J.U.E., 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Wullems*, 26 avril 2017, C-527/15.

lecteur multimédia, offrent aux utilisateurs de celui-ci un accès direct aux œuvres protégées publiées sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur [...] doit être considérée comme un acte de communication [...] » (point 42). En l'occurrence, l'interprétation de la Cour est osée mais la solution aisée<sup>71</sup>, dès lors que les hyperliens avaient été préinstallés et renvoyaient vers des sites Internet, certes librement accessibles au public, mais sur lesquels les œuvres ont été mises à la disposition du public sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur. *Quid* toutefois d'une situation hybride, entre préprogrammation par le vendeur et autonomie de l'utilisateur, ou mélangeant des hyperliens licites et d'autres non ? Dans pareille situation, la distinction entre marchandises et services et les dispositions régissant respectivement leur liberté de circulation devient moins évidente, de même que les réponses aux questions qu'elles suscitent.

25. C'est ainsi dans un environnement inédit que se posent ces questions. Aussi certaines considérations de base qui ont présidé à l'élaboration de la directive 2001/29/CE peuvent apparaître obsolètes ou, à tout le moins, doivent être revisitées. Il en va spécialement de celle énoncée au considérant 29 de ladite directive, qui dispose sans nuance que « [...] [l]a question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne [...] », ajoutant au passage que « [...] [c]ontrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi [...] ». Ceci n'est plus nécessairement vrai et la Cour, à notre avis, ne manquera pas de développer sa jurisprudence en ayant égard aux arrêts historiques relatifs à la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique du droit d'auteur, tout en prenant soin de distinguer là où l'évolution technique le justifierait. À cet égard, les capacités qu'offre la technologie de déterminer précisément le public effectif ou potentiel d'une communication – et singulièrement d'une mise à la disposition « à la demande » –, « [...] tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de

71. Ainsi que la Cour le rappelle dans son arrêt, « [...] il résulte des considérants 9 et 10 de la directive 2001/29 que celle-ci a pour objectif principal d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public. Il s'ensuit que la notion de "communication au public" doit être entendue au sens large, ainsi que l'énonce explicitement le considérant 23 de cette directive [...] » (point 27). Il s'agit là d'une jurisprudence constante, voy. dernièrement C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 18.

l'État membre d'émission [...] »<sup>72</sup>, ont déjà été soulignées et prises en compte par la Cour<sup>73</sup>.

## §6. L'arrêt *GS Media* : de la proportionnalité au « juste équilibre »

26. Si à la lumière de ces développements techniques la Cour estime devoir reconsidérer, dans le marché unique numérique, certaines solutions développées par le passé afin de contribuer à l'établissement du marché intérieur, il fait peu de doutes qu'elle y procédera en se livrant à un exercice périlleux de pondération des divers intérêts en présence.

À cet égard, l'arrêt *GS Media*<sup>74</sup> est particulièrement éloquent en tant qu'il énonce de manière tout à fait générale que :

« [...] il découle des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29 que l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un *juste équilibre* entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général [...] » (point 31 ; nous soulignons).

Depuis l'arrêt *Promusicae*<sup>75</sup>, la recherche du « juste équilibre »<sup>76</sup> apparaît comme un des leitmotivs de la Cour dans le cadre de son interprétation du droit d'auteur. Distinct du principe de proportionnalité en tant que principe

72. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 113 : « [...] il convient notamment de rappeler que la réception d'une radiodiffusion satellitaire, telle que celle en cause au principal, est conditionnée par la détention d'un dispositif de décodage. Par conséquent, c'est avec un degré d'exactitude très élevé qu'il est possible de déterminer la totalité des téléspectateurs qui font partie de l'audience effective et potentielle de l'émission concernée, donc des téléspectateurs qui résident tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'État membre d'émission [...] ».

73. Outre l'arrêt de la Cour cité à la note précédente, voy. égal. T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal + c. Commission*, T-873/16, point 55 : « [...] la technologie nécessaire pour la réception des œuvres couvertes par les droits en question permet de déterminer l'audience effective et potentielle, et cela par ventilation par pays de provenance de la demande d'achat. Cette même technologie permet également de moduler les actions de promotion active afin de les limiter au territoire pour lequel est accordé une licence exclusive [...] ».

74. C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

75. C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06.

76. Pour un examen de la notion, nous nous permettons de renvoyer à notre contribution, J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie

général du droit de l'Union<sup>77</sup>, le « juste équilibre » constitue le critère à l'aune duquel la Cour de justice tente de concilier les exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, dans le cas où un arbitrage entre ceux-ci doit être réalisé<sup>78</sup>. Le critère semble plus raffiné que l'emploi du principe de proportionnalité et autorise un contrôle par la Cour au plus près de l'adoption de la norme ou de son application. Ainsi en se fondant directement sur ce critère, la Cour semble indiquer comment il convient d'interpréter une mesure (le cas échéant nationale) pour qu'elle soit compatible avec le « juste équilibre »<sup>79</sup> et partant, avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

27. On le sait, ladite Charte « [...] a la même valeur juridique que les traités » (art. 6 T.U.E.). Ceci n'est pas sans lien avec notre lecture de la jurisprudence de la Cour à la lumière de la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique du droit d'auteur qui, pour rappel, procède au départ de l'objectif d'établissement du marché intérieur, prévu par l'article 3, § 3, du T.U.E. En effet, si comme nous le pensons l'interprétation au regard du critère du « juste équilibre » permet un contrôle plus fin de la Cour que celui qu'elle peut exercer dans le cadre du principe de proportionnalité, on comprend alors que l'objectif de l'article 3, § 3, du T.U.E. pourrait, le cas échéant, être mieux servi sur le fondement de l'article 6 du même traité<sup>80</sup>. C'est particuliè-

de l'« effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le « juste équilibre » », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (eds), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 39-80, spéc. pp. 62-64, n<sup>os</sup> 22-24.

77. Sur ce principe, voy. de manière générale K. LENAERTS et P. VAN NUFFELS, *Europees recht*, *op. cit.*, pp. 91 et s., n<sup>os</sup> 119 et s. La distinction entre le principe de proportionnalité et le critère du « juste équilibre » découle du point 68 de l'arrêt *Promusicae* (cité *supra*, note 75), dans lequel la Cour souligne que les États membres doivent « [...] veiller à ne pas se fonder sur une interprétation [des directives] qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité [...] ».

78. C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, points 61 à 70.

79. Voy. spéc. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, points 51 à 57 ; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, points 88 à 100 ; C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17, points 51 à 54.

80. Ce d'autant plus que la Charte peut être aisément mobilisée en droit d'auteur, celui-ci rentrant de toute évidence dans son champ d'application. En effet, selon l'article 51, § 1<sup>er</sup>, de la Charte, ses dispositions « [...] s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Dans un arrêt *Fransson*, la Cour de justice a précisé qu'une réglementation nationale « met en œuvre » le droit de l'Union lorsqu'elle « entre dans le champ d'application » de ce droit, ce qui suppose « [...] l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre [...] » (point 19) et que « [...] il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte [...] » (point 21), voy. C.J.U.E., 26 février 2013, *Åklagaren c. Fransson*, C-167/10.

rement vrai si l'on a égard à la construction du marché numérique, la Charte protégeant explicitement les différentes parties intéressées, singulièrement les titulaires de droit de propriété intellectuelle<sup>81</sup>, les utilisateurs des œuvres sur Internet<sup>82</sup> et les entreprises actives sur ce marché (spécialement les prestataires de services de la société de l'information)<sup>83</sup>.

**28.** Or, dans le cadre de sa jurisprudence relative à l'établissement du marché intérieur, la Cour a clairement laissé entendre que le droit d'auteur bénéficiait à cet égard d'un statut particulier. Dans son arrêt *Tournier*<sup>84</sup>, la Cour a en effet admis que les contrats de représentation réciproque par lesquels les sociétés de gestion collective, aux fins de ladite gestion, s'épargnent d'organiser leurs propres réseaux de contrats et de contrôle, en s'appuyant à la place « [...] pour la protection de leur répertoire dans un autre État, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités [...] » (point 19), « [...] ne sont pas, en eux-mêmes, restrictifs de la concurrence, de façon à relever de l'interdiction prévue par l'article 85, paragraphe 1, du traité [aujourd'hui 101, § 1<sup>er</sup>, du TFU] [...] » (point 20). L'une des raisons de ce statut quelque peu particulier de ce type d'accord réside certainement dans le fait que, ainsi que le souligne la Cour, « [...] les sociétés de gestion poursuivent un but légitime, lorsqu'elle s'efforcent de sauvegarder les droits et intérêts de leurs adhérents à l'égard des utilisateurs de musique enregistrée [...] » (point 31)<sup>85</sup>.

81. Le droit de propriété intellectuelle est protégé par l'article 17, § 2.

82. La protection des données personnelles est garantie par l'article 8 ; la liberté d'expression et d'information est protégée par l'article 11.

83. La liberté d'entreprise est protégée par l'article 16. Suivant la Cour de justice, la liberté d'entreprise « [...] comprend notamment le droit, pour toute entreprise, de pouvoir librement disposer, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt pour ses propres actes, des ressources économiques, techniques et financières dont elle dispose [...] » (C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 49 ; voy. plus récemment C.J.U.E., 30 juin 2016, *Lidl c. Freistaat Sachsen*, C-134/15, point 27) ainsi que « [...] la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre [...] » (C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, point 42 ; voy. plus récemment C.J.U.E., 30 juin 2016, *Lidl c. Freistaat Sachsen*, C-134/15, point 28).

84. C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Ministère public c. Tournier*, aff. 395/87.

85. Commentant la prise de position de la Commission européenne à propos de l'accord de Santiago (par lequel les sociétés de gestion collective avaient proposé un système guichet unique comportant des licences multiterritoriales pour la musique en ligne) au regard de la décision du Tribunal de l'Union européenne rendue dans l'affaire *CISAC* (T.U.E., 12 avril 2013, *CISAC c. Commission*, T-442/081), Frank Gotzen soulignait que : « [...] Au lieu d'en arriver, sur la base du premier chiffre de l'article 81, à une condamnation de principe trempée dans les grands préceptes économistes en vue d'ouvrir un "marché" marqué par une concurrence illimitée entre sociétés, la Commission aurait dû plus tenir compte des spécificités de ce secteur. Les sociétés d'auteurs, même si on les qualifie d'"entreprises" au sens de l'article 81, ne sont pas des entités économiques qui poursuivent un but purement commercial. Bien sûr, elles doivent générer des revenus, sous peine de disparaître du marché. Mais leur but principal est celui de partager la créativité et la culture d'une région. Celui-ci se traduit par le soutien pratique qu'elles

29. Plus récemment, dans son arrêt *OSA*<sup>86</sup>, la Cour a estimé que les dispositions relatives à la libre prestation des services ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui réserve la gestion collective des droits d'auteur relatifs à certaines œuvres protégées, sur le territoire de celui-ci, à une seule société de gestion collective des droits d'auteur, empêchant ainsi un utilisateur de telles œuvres de bénéficier des services fournis par une société de gestion établie dans un autre État membre. À cette occasion, la Cour a souligné le fait que les observations qui lui avaient été soumises n'avaient « [...] pas fait apparaître, s'agissant d'une communication telle que celle en cause au principal, l'existence, dans l'état actuel du droit de l'Union, d'une autre méthode, permettant d'atteindre le même niveau de protection des droits d'auteur, que celle fondée sur une protection et donc aussi un contrôle territorialisés de ces droits [...] » (point 76).

30. Ainsi le droit d'auteur bénéficierait, au regard de l'établissement du marché intérieur, d'un statut spécifique qui justifierait certaines limitations plus large aux libertés de circulation pour ce qui le concerne. Ce statut spécifique, à plus forte raison, pourrait encore s'expliquer par le fait que pour la Cour, et ainsi qu'il découle de son arrêt *Phil Collins*<sup>87</sup>, l'objet spécifique du droit d'auteur « [...] est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires [...] » (point 20). La composante morale du droit d'auteur – qui demeure d'ailleurs non harmonisée à ce jour<sup>88</sup> –, distingue clairement l'objet du droit d'auteur d'une simple marchandise ou service et peut justifier qu'il soit soumis à un régime différencié.

31. Dans le cadre de l'application de la Charte, le droit d'auteur bénéficie certes d'une protection au titre des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 17, § 2) mais cela ne signifie pas pour autant « [...] que sa protection doit nécessairement être absolue »<sup>89</sup>. C'est donc dans la recherche du « juste équilibre » que le statut privilégié supposé du droit d'auteur devra être défini.

Et de fait, on voit que c'est précisément à l'aune du critère du « juste équilibre » que la Cour a tenté de définir les limites du droit de la mise à la disposition du public, spécialement dans son arrêt *GS Media*<sup>90</sup>. Saisie de faits

offrent aux hommes et aux femmes qui génèrent les créations [...] », in F. GOTZEN, « Les licences multiterritoriales entre le juge et le législateur. Des affaires "CISAC" à la directive 2014/26 », *R.I.D.A.*, 2014/241, p. 117.

86. C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, C-351/12.

87. C.J.C.E., 20 octobre 1993, *Phil Collins c. Imtrat*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92.

88. Voy. le considérant 19 de la directive 2001/29/CE.

89. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, point 43 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10, point 41 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, point 61.

90. C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

différents, la Cour devait rapidement saisir toute la difficulté de la solution générale énoncée dans *Svensson* et la nécessité d'en moduler l'application. Car la jurisprudence *Svensson* était par trop absolue, en tant qu'elle énonçait dans des termes généraux une solution qui n'était valable que dans un cas de figure simple, à savoir l'hypothèse d'un hyperlien qui renvoie vers une première mise à la disposition du public de l'œuvre, réalisée par son auteur ou avec son consentement, sur un site Internet librement accessible.

Dans les faits de l'affaire *GS Media*, la première mise à la disposition du public de l'œuvre était cette fois-ci réalisée sans autorisation de l'auteur. Par définition, dès lors cette première mise à la disposition n'avait pas été autorisée, le lien hypertexte y renvoyant communiquait l'œuvre à un « public qui n'avait pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur » et donc « nouveau ». L'auteur, dans l'hypothèse où il aurait entendu exploiter commercialement son œuvre (ce qui était le cas en l'espèce), ne pouvait dès lors percevoir aucune rémunération appropriée au titre de cette communication, de sorte qu'il était porté atteinte à l'objet spécifique de son droit d'auteur.

32. À suivre la jurisprudence *Svensson*, il aurait donc fallu réserver à l'auteur le contrôle sur cette seconde communication au public non autorisée<sup>91</sup>. On perçoit toutefois rapidement le problème d'une solution aussi simple. En effet, ainsi que le soulignaient plusieurs parties à la cause,

« [...] le fait de qualifier automatiquement tout placement de tels liens vers des œuvres publiées sur d'autres sites Internet de "communication au public", dès lors que les titulaires du droit d'auteur de ces œuvres n'ont pas autorisé cette publication sur Internet, aurait des conséquences fortement restrictives pour la liberté d'expression et d'information et ne respecterait pas le juste équilibre que la directive 2001/29 cherche à établir entre cette liberté et l'intérêt général, d'une part, ainsi que l'intérêt des titulaires d'un droit d'auteur en une protection efficace de leur propriété intellectuelle, d'autre part [...] » (point 44).

De fait, le fonctionnement d'Internet et les échanges d'informations et d'opinion qui interviennent sur le réseau reposent largement sur les liens hypertextes (point 45) et pour une bonne part, le placement de ces liens est le fait de particuliers (mais pas uniquement) pour qui

« [...] il peut s'avérer difficile [...] de vérifier si le site Internet, vers lequel ces [liens] sont censés mener, donne accès à des œuvres qui sont protégées et, le cas échéant, si les titulaires des droits d'auteur de ces œuvres ont autorisé leur publication sur Internet. Une telle vérification s'avère d'autant plus difficile lorsque ces droits ont fait l'objet de sous-licences. Par ailleurs, le contenu d'un site Internet, auquel un lien hypertexte permet d'accéder, peut être modifié après la création de ce lien, incluant des œuvres protégées,

91. C'est ce que laisse entendre la Cour au point 48.

sans que la personne ayant créé ledit lien en soit forcément consciente [...] » (point 46).

33. On comprend ainsi que si l'arrêt *Svensson* devait gouverner pareille situation, devaient s'affronter deux interprétations possibles dont aucune n'était désirable.

Dans une première interprétation, qui cantonnerait la jurisprudence *Svensson* au seul cas du lien hypertexte renvoyant vers une première mise à la disposition du public licite, les particuliers (notamment) qui placeraient un lien vers une communication initiale illicite violeraient le droit de mise à la disposition du public, alors même qu'il leur est difficile de vérifier la licéité de la communication initiale. Une telle solution, qui serait notamment de nature à avoir un *chilling effect* sur l'exercice par les particuliers de leur liberté d'expression et de manière générale sur la liberté d'expression et d'information, est incompatible avec la protection des deux composantes de cette liberté, garanties par l'article 11 de la Charte. Or, ainsi que le souligne la Cour dans cet arrêt, « [...] Internet revêt une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information [...] » (point 45).

Suivant une deuxième interprétation, qui négligerait les faits particuliers de la cause de l'affaire *Svensson*, on retiendrait de l'arrêt uniquement le fait qu'une communication initiale sur un site Internet vise « l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné [...] », et donc « [...] tous les internautes [...] », de sorte qu'un lien hypertexte vers cette communication initiale, placé sur un autre site Internet, n'opérerait pas une communication à un « public nouveau ». Ceci aurait pour conséquence que tout lien hypertexte renvoyant vers une première mise à la disposition du public, qu'elle soit licite ou non, échapperait au contrôle de l'auteur. Une telle solution, qui priverait le titulaire du droit d'auteur de la protection accordée à celui-ci, chaque fois que la communication initiale aura été réalisée sans son autorisation, est incompatible avec ladite protection, garantie par l'article 17, § 2, de la Charte. Et s'il est vrai que cette protection du droit fondamental ne doit pas être absolue, il faut à tout le moins qu'elle soit « effective »<sup>92</sup>.

92. Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, point 62 : « [...] les mesures qui sont prises par le destinataire d'une injonction, telle que celle en cause au principal, lors de l'exécution de celle-ci, doivent être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental [...] ». Voy. égal. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, point 96.

34. Visiblement attachée à la jurisprudence *Svensson* mais soucieuse – et tenue, suivant sa propre jurisprudence – de concilier les exigences liées à la protection de ces deux droits fondamentaux, la Cour va s'embarquer dans une troisième voie tout à fait inédite. Elle va ainsi retenir la première interprétation, tout en essayant de limiter la portée de ses effets sur la liberté d'expression et d'informations des particuliers.

Dans le cadre de cette tentative, la Cour se saisit du critère du « caractère lucratif » de la communication – dont elle avait déjà énoncé à de multiples reprises qu'il n'était pas dénué de pertinence<sup>93</sup> – pour circonscrire aux particuliers le bénéfice de la solution qu'elle propose. Ladite solution tient en deux éléments.

Le premier élément consiste en une présomption, fondée sur ce critère, et suivant laquelle

« [...] une personne qui [...] ne poursuit pas un but lucratif [...] ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur [...] » (point 47).

Le deuxième élément tient dans la considération suivant laquelle l'appréciation de la notion de communication suppose que l'on tienne compte – ainsi que la Cour l'a maintes fois souligné<sup>94</sup> – du

« [...] rôle incontournable joué par l'utilisateur et le caractère délibéré de son intervention. En effet, cet utilisateur réalise un acte de communication lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à ses clients accès à une œuvre protégée, et ce notamment lorsque, en l'absence de cette intervention, ces clients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée [...] » (point 35).

La conjonction de la présomption énoncée et de cette jurisprudence permet alors à la Cour de conclure que la personne, qui, sans poursuivre un but lucratif, place un hyperlien vers une œuvre qui a été communiquée initialement sur un site Internet sans autorisation de l'auteur, « [...] n'intervient, en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet [...] » (point 48) de sorte qu'elle ne réalise pas une communication au public. Il en va toutefois autrement « [...] lorsqu'il est établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte

93. Voy. pour la première fois de manière explicite C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 204. Voy. dernièrement C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo et XS4ALL Internet*, C-610/15, point 29.

94. Voy. dernièrement C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo et XS4ALL Internet*, C-610/15, point 26.

qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur [...] » (point 49).

Constituera également une communication au public le fait pour cette personne de « [...] contourner [par le placement du lien] 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 [...] » (point 50).

À l'inverse, « [...] lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2001/29 [...] » (point 51).

Ainsi, en ayant la possibilité d'échapper au grief de contrefaçon lorsqu'il renverse la présomption de connaissance dont question, la personne qui poursuit un but lucratif voit pareillement sa liberté d'expression préservée, quoi que dans des termes différents<sup>95</sup>.

**35.** On le voit, la modulation de la portée du droit de mise à la disposition au public qui intervient dans le cadre de l'analyse au regard des droits fondamentaux et spécifiquement du « juste équilibre », est de nature à limiter la portée du droit d'auteur, laquelle limitation contribue à libéraliser le marché unique numérique, en levant certaines des restrictions aux activités en ligne pour des motifs de droit d'auteur. Pour autant, l'analyse réalisée dans le cadre de l'application de la Charte n'impliquera pas nécessairement une limitation des droits de l'auteur – même lorsque sont concernées des activités somme

95. À cet égard, on relève que la liberté d'expression garantie par la Charte comprend l'expression commerciale, voy. not. C.J.U.E., 4 mai 2016, *Philip Morris Brand e.a. c. Secretary of State for Health*, C-547/14, point 147 (dans lequel la Cour fait sienne la jurisprudence de la Cour eur. D.H. et énonce que la liberté d'expression et d'information consacrée par la Charte s'applique « [...] à la diffusion par un entrepreneur des informations à caractère commercial, notamment sous la forme de messages publicitaires [...] »). Ceci étant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est en ce sens que les États disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial, voy. spéc. s'agissant d'une limitation à la liberté d'expression fondée sur la législation en matière de droit d'auteur Cour eur. D.H., 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, n° 36769/08, point 39.

toute innocente –, ainsi qu'en témoigne l'arrêt *Renckhoff* déjà commenté. La Cour y a en effet souligné que :

« [...] autoriser une [...] mise en ligne [telle que celle en cause], sans que le titulaire du droit d'auteur puisse se prévaloir des droits prévus à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, méconnaîtrait le juste équilibre, visé aux considérants 3 et 31 de cette directive, qu'il y a lieu de maintenir, dans l'environnement numérique, entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la charte des droits fondamentaux, ainsi que de l'intérêt général [...] » (point 41 ; nous soulignons).

Reste à voir, au gré des questions préjudicielles qui lui seront soumises, comment la Cour affinera encore les solutions pour contribuer à la construction d'un marché unique numérique dans lequel l'on parviendrait à assurer un « juste équilibre » entre les droits fondamentaux des titulaires de droit, des utilisateurs et des entreprises actives sur ce marché (spécialement les prestataires de services de la société de l'information).

## Conclusion : un principe d'interprétation téléologique comme boussole

36. Le voyage que nous avons réalisé est à l'image de n'importe quel autre. L'on aurait voulu tout voir, tout visiter, tout goûter, parler quelques mots de la langue locale... Mais voilà, comme pour tous les voyages, le temps a manqué. « Une vingtaine de pages, c'est déjà un beau voyage », nous direz-vous. Mais l'on a, comme toujours, ce goût de trop peu. Par ailleurs, le voyageur, qui embarque toujours sa subjectivité dans ses bagages mal ficelés, lorsqu'il déballe son paquetage, ne manque jamais de la renverser sur le sol qu'il foule. Ainsi, le voyage n'est qu'un voyage parmi d'autres possibles, et l'expérience d'un voyageur n'est pas celle d'un autre...

37. Au terme de notre parcours, il n'est pas inutile de rappeler l'hypothèse que nous avons formulée au départ, à savoir que l'interprétation du droit d'auteur par la Cour de justice de l'Union européenne, jadis guidée par l'objectif d'établissement du marché intérieur, serait guidée aujourd'hui par la traduction de cet objectif dans notre monde contemporain, et donc la construction du marché unique numérique. À l'analyse de la jurisprudence de la Cour en matière d'hyperliens, une lecture en ce sens ne paraît pas

artificielle et permet de la rendre intelligible. Et nous pensons que l'examen de l'interprétation par la Cour du droit de distribution<sup>96</sup> (et de son épuisement<sup>97</sup>) dans le contexte du commerce électronique ainsi que des modalités des injonctions à l'encontre des intermédiaires sur Internet aux fins de protéger le droit d'auteur<sup>98</sup>, emprunterait des chemins similaires. Mais il s'agit là d'autres expéditions que nous devons encore planifier...

**38.** Alors, que retenir de cette randonnée aux sommets ? Et bien, que le principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de construction du marché unique numérique, combiné au principe d'interprétation systématique tiré de la cohérence du « cadre juridique harmonisé » formé des différentes directives dans le domaine du droit d'auteur – lequel est clairement assumé par la Cour de justice<sup>99</sup> –, constitue peut-être la clé de compréhension de cette jurisprudence tant décriée. Ils sont en effet nombreux à avoir dénoncé l'activisme de la Cour et à l'appui de la critique, son utilisation désordonnée de différents principes d'interprétation<sup>100</sup>. Cette description chaotique et dramatique de la

96. C.J.U.E., 21 juin 2012, *Donner*, C-5/11 ; C.J.U.E., 6 février 2014, *Blomqvist c. Rolex*, C-98/13 ; C.J.U.E., 13 mai 2015, *Dimension Direct Sales et Labianca c. Knoll International*, C-516/13.

97. C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usesoft c. Oracle International*, C-128/11 ; C.J.U.E., 12 octobre 2016, *Ranks et Vasilevics*, C-166/15.

98. C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio c. Perfect Communication Sweden*, C-461/10 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12 ; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14 ; C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17.

99. Voy. spéc. J. MALENOVSKY, « La contribution de la Cour de justice à l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union européenne », *ERA Forum*, 2012, p. 420 : « [...] il convient d'aborder le *besoin de cohérence* de la législation de l'Union en matière de droit d'auteur. En effet, la Cour doit effectuer un travail d'interprétation dans un paysage complexe comportant plusieurs directives. Celles-ci ont été adoptées à des moments historiques différents, elles visent des objets différents mais poursuivent des objectifs similaires et comprennent des notions identiques. Faut-il, dans ces conditions, chercher à développer une cohérence fonctionnelle qui conçoit les différentes directives comme des entités plutôt autonomes l'une par rapport à l'autres, ou, plutôt une cohérence notionnelle qui envisage l'ensemble de ces directives comme un tout intégré ? La Cour privilégie, à cet égard, l'approche notionnelle, quitte à être critiquée par une partie de la doctrine [...] ».

Voy. égal. K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT (eds), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 243-244 : « [...] le législateur de l'Union a harmonisé le droit d'auteur et les droits voisins en ayant adopté plusieurs directives, qui forment toutefois un "cadre juridique harmonisé". Il incombe à la Cour de justice d'interpréter ces directives d'une façon cohérente [...] ».

100. Voy. not. V.-L. BENABOU, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *P.I.*, 2012, pp. 140 et s., spéc. pp. 148-153 ; A. BENSAMOUN, « Réflexions sur la jurisprudence de la CJUE : du

jurisprudence ne nous paraît pourtant pas nécessairement fondée. Mis au jour, ce principe d'interprétation téléologique révèle en effet une logique qui puise dans les origines de la construction européenne et s'inscrit dans la mission fondamentale de la Cour, qui consiste à « assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (art. 19 T.U.E.). Et désormais ancrée dans la rhétorique droits fondamentaux, cette logique semble s'imposer à plus forte raison<sup>101</sup>.

Aussi, armé de cette boussole, il sera peut-être possible de mieux se diriger dans les méandres de la jurisprudence de la Cour et, qui sait, d'anticiper sur ses évolutions futures, alors que l'on pensait la chose impossible<sup>102</sup>. En tout cas, en voilà un beau prétexte pour, d'ici quelques années, peut-être refaire le voyage et voir si les choses ont changé...

---

discours à la méthode », *P.I.*, 2015, pp. 139 et s. ; S. CARRE, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Paris, LexisNexis, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2013, pp. 19 et s.

101. Comp. J. GRIFFITHS, « Constitutionalising or harmonizing ? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », *Eur. L. Rev.*, 2013, p. 77 : « [...] *By reference to the application of art. 17, it has been suggested that the Court of Justice's recent, dramatic "constitutionalisation" of European copyright law has been predominantly cosmetic, designed to offer rhetorical support for its harmonization agenda [...]* ».

102. Voy. not. E. DERCLAYE, « The Court of Justice copyright case law : quo vadis ? », *E.I.P.R.*, 2014, pp. 721-722 : « [...] *the CJEU is interventionist, and more particularly integrationist, and its case law is also often inconsistent. This inconsistency leads to unpredictability and legal uncertainty. [...] The inconsistency of the court's case law makes it hard to speculate on its future direction [...]* ».